

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XC • Noviembre-Diciembre • Núm. 746

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 XC • Noviembre-Diciembre 2014 • Núm. 746

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 3.623.857

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 Luis Díez-Picazo y Ponce de León
Catedrático de Derecho Civil
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
Vocal adjunto al Decano 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 Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

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
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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**
Ex Decano 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
Vocal adjunto al Decano 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
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- AVILÉS GARCÍA, JAVIER: «La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios» / *Broadening of interpretation criteria in the contracts with consumers and users*..... 2669
- BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: «La llamada representación indirecta» / *The Practice Known as Indirect Representation*..... 2731
- CRUZ RIVERO, DIEGO: «El control judicial de las cantidades reclamadas al prestatario en el préstamo bancario de dinero» / *Judicial Control of Sums Claimed from a Borrower by the Lending Bank* 2763
- DE CASTRO VÍTORES, GERMÁN: «Reflexiones de actualidad acerca de desequilibrio contractual y cláusulas abusivas» / *A current reflection on contractual unbalance and unfair contract terms* 2827
- ORDELIN FONT, JORGE LUIS: «El cumplimiento de las obligaciones por el representante voluntario: notas para una revisión de su concepción dogmática» / *The fulfillment of obligations by the voluntary representative: notes for a review of its dogmatic conception* 2863
- RODRÍGUEZ ESCUDERO, M.^a DE LAS VICTORIAS: «La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio» / *Parental Responsibility and Change of a Child's Address by the Parent Who Has Custody*..... 2893
- SAGASTI AURREKOETXEA, JOSU, J.: «Derecho de la competencia y acuerdos de colaboración empresarial. Acuerdos de investigación y desarrollo y acuerdos de especialización» / *Competition law and business cooperation agreements. Research and development agreements and specialisation agreements* 2927

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

- CUADRADO PÉREZ, CARLOS: «La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II)» / *Precontractual Liability in the Planned Reform: A Lost Opportunity? (part II)*..... 2999
- MAS BADIA, M.^a DOLORES: «Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio» / *Rental housing, guardianship of the tenant and traffic safety: in particular, the unenforceability of the lease not registered after the law 4/2013, 4 June ...* 3049
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a BELÉN: «La justicia contractual en la contratación y la ejecución de la garantía hipotecaria, tras la ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social» / *The contractual justice in the contracting and the execution of the mortgage guarantee, after the act 1/2013, of may the 14th, on measures to reinforce the protection to the mortgage debtors, restructuring of debt and social renting*..... 3109

DICTÁMENES Y NOTAS

- PRADO GASCÓ, VÍCTOR, J. «El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro» / *Registry graphics bases system as a coordination tool between land registry properties and cadastral plots*..... 3145

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO 3207

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES.**1. DERECHO CIVIL****1.1. Parte general:**

- «La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor» / *Joint custody in cases of domestic violence and the best interests of the child*, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 3265

1.2. Derecho de familia

- «El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia» / *The superior interest of the minor and the attribution of the guard and custody*, por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT..... 3284
- «Compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el supuesto de la separación de bienes» / *Financial compensation in favor of the wife who contributed to the marriage with domestic work, in the event of the separation of property*, por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE 3315

1.3. Derechos reales:

- «Propiedad horizontal y protección de las personas con discapacidad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2013» / *Horizontal Property and protection of persons with disability. Concerning the Judgment of the Supreme Court of October 10 2013*, por GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ 3331
- «La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal» / *Property waiver in a horizontal property regime*, por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 3346

1.4. Sucesiones:

- «La herencia yacente como parte demandada: cuatro odiseas procesales» / *The unclaimed inheritance as defendant: four odysseys in the courts*, por MARÍA REBECA CARPI MARTÍN..... 3363

1.7. Concursal:

- «La muerte del concursado y la responsabilidad del heredero» / *Death of the insolvent debtor and liability of the heirs*, por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS 3392

2. MERCANTIL

- «Reflexiones acerca del Anteproyecto de Código Mercantil y la doctrina de los Tribunales sobre la rescisión

por lesión» / <i>Reflections on the Preliminary Business Code Bill and Court Doctrine on Rescission Due to Injury</i> , por FRANCISCO REDONDO TRIGO	3418
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «Ambigüedades y contradicciones de las deudas por gastos de urbanización en los procesos concursales» / <i>Ambiguities and contradictions of debts for urbanization costs in bankruptcy proceedings</i> , por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ.....	3439

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	3451
----------------------------------	------

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«La protección fiscal de la familia en una sociedad envejecida: equidad y eficiencia en la gestión del gasto público desde la perspectiva comparada», de MARÍA CRESPO GARRIDO, por ENCARNACIÓN ABAD ARENAS	3457
«El derecho patrimonial frente a la crisis económica en Italia y en España», de J. P. MURGA FERNÁNDEZ y S. TOMÁS TOMÁS (Dir.), por SERGIO COROMINAS BACH.....	3461

ESTUDIOS

La ampliación de los mecanismos de interpretación de los contratos con consumidores y usuarios*

Broadening of interpretation criteria in the contracts with consumers and users

por

JAVIER AVILÉS GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN: Tomando como punto de partida la incidencia de recientes reformas europeas en el derecho de la contratación, se invocan en este estudio una serie de conceptos y principios que sin ser novedosos en su raíz, sin embargo pueden aportar nuevas perspectivas en la aplicación e interpretación de normas y principios de nuestro acervo y derecho privado tradicional. Tal interés se hace más vivo todavía si tenemos en cuenta el actual proceso de reforma y transformación del Derecho europeo de contratos y del Derecho Privado Europeo, con pleno reflejo en esta materia en las propuestas de reforma en curso tanto de nuestro Código Civil (2009) como del Código de Comercio (2013). No es

* Este trabajo forma parte de un estudio más amplio incluido dentro de un *Proyecto de Investigación* financiado dentro del Plan I+D+i por el Ministerio de Economía y Competitividad, que analiza las *Transformaciones del Derecho de la Contratación en España* (MEC, Proyecto de referencia DER2011-28894/JUR1).

ajeno totalmente al planteamiento de fondo de este estudio la catarsis jurídica que supone cierta jurisprudencia europea del TJUE, al menos sobre ciertas cuestiones que habitualmente se estimaban pacíficas o que al menos parecían jurídicamente asentadas, como son las que encierran las cláusulas y prácticas abusivas dentro de la contratación con consumidores y usuarios.

ABSTRACT: Taking as starting point the impact of recent European reforms in the Law of Contracts, in this study we invoke some concepts and principles that will be innovative in its root, although can endorse new perspectives in the application and interpretation of rules and principles of our traditional rules of private law. Such interest is more notable today considering the current process of reform and transformation of European Contract Law and European Private Law, with full reflection on this subject in the current reform proposals of both our Civil Code (2009) and the Code of Commerce (2013). It is also taken into account the legal catharsis that some European case law of the ECJ, at least on certain issues that used to be not controversial or at least so it seemed, such as those relating to the terms and abusive practices within contracting with consumers and users.

PALABRAS CLAVE: Interpretación de contratos. Principios de equivalencia y efectividad normativas. Usos y prácticas abusivas. Criterio de razonabilidad. Principios de buena fe y lealtad contractual. Publicidad. Deberes precontractuales de información. Prácticas no consentidas. Productos y servicios bancarios, financieros y de inversión. Control judicial de abusividad.

KEY WORDS: Interpretation of contracts. Principles of equivalence and legal effectiveness. Abusive usages and practices. Test and interpretive canon of reasonableness. Principles of good faith and fair dealing. Advertising. Marketing and pre-contractual information duties. Practices and usages non-consensual. Complex banking and financial products. Judicial review of abuses.

SUMARIO: I. PREVIO. LOS RASGOS MÁS RELEVANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EUROPEAS DE CONTRATOS EN MATERIA DE USOS Y PRÁCTICAS: 1. LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN EXPANSIVAS DE LA NORMATIVA DE CONSUMO. 2. EL CONCEPTO DE «RAZONABILIDAD» EN LA APLICACIÓN DE USOS Y PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA. 3. EL CONCEPTO DE «LEALTAD CONTRACTUAL» Y SU CONEXIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.—II. APROXIMACIÓN A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA EVOLUCIÓN DE LAS «PRÁCTICAS» EN LAS RELACIONES COMERCIALES.—III. LA FRAGMENTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES: SUS CONSE-

CUENCIAS.—IV. LAS PAUTAS DE LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL DE PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES: LEALTAD Y BUENA FE.—V. APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y SINGULARIDADES DE LA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL COMO NORMA DE CIERRE DEL SISTEMA PRIVADO.—VI. PRÁCTICAS COMERCIALES, PUBLICIDAD Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN. SU AMPLIACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS BANCARIOS, FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN.—VII. PRÁCTICAS COMERCIALES ABUSIVAS Y «PRÁCTICAS NO CONSENTIDAS EXPRESAMENTE»: 1. LA INTERCONEXIÓN ENTRE CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS. 2. LA FINALIDAD DEL LEGISLADOR Y EL CONTROL DE ABUSIVIDAD.—VII. CONCLUSIONES.

I. PREVIO. LOS RASGOS MÁS RELEVANTES DE LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS EUROPEAS DE CONTRATOS EN MATERIA DE USOS Y PRÁCTICAS

1. LOS PRINCIPIOS DE EQUIVALENCIA Y EFECTIVIDAD EN LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN EXPANSIVAS DE LA NORMATIVA DE CONSUMO

En buena medida, las razones económicas y financieras de estos últimos años han permitido reubicar y tomar mayor relevancia jurídica a las cláusulas abusivas en nuestro derecho privado, más recientemente a propósito de la contratación de préstamos con deudores hipotecarios. Ya sea por mor de la predisposición de cláusulas suelo o techo sobre intereses variables en los contratos, de cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de larga duración, de cláusulas sobre fijación de intereses de demora, de cláusulas de determinación unilateral del prestamista sobre liquidación de deudas, etc. Todo esto viene aconteciendo, no conviene olvidarlo, partiendo de que fue hace ya bastantes años cuando se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico la normativa europea sobre cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE, 5 de abril de 1993), tanto en el ahora Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios como en la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación (TRLGDCU y LCGC en adelante).

Cláusulas y prácticas en cuanto tales, aún tratándose de conceptos jurídicos con raíces distintas, tienen, sin embargo, muchos puntos de conexión entre sí. La Ley 29/2009, de transposición en nuestro país de las Directivas 2005/29/CE y 2006/114/CE, sobre prácticas comerciales desleales y publicidad engañosa y comparativa, ha venido a trastocar en gran medida las bases sustentadoras de las relaciones de empresarios con consumidores y minoristas al recomponer todo el concepto de competencia desleal incluyendo *ex novo*, en el anterior texto legislativo, las relaciones con consumidores y usuarios, puerta abierta por donde indefectiblemente se expanden las prácticas que modulan el comportamiento

del consumidor (art. 4.1.II LCD). Toda esta actividad legislativa, en fase actual de decantación, permite presagiar fundadamente que con el paso de no mucho tiempo, paralelamente a lo que ha ocurrido con las cláusulas predisuestas, nos tengamos que preguntar algo parecido si bien ahora con respecto al grado de afectación de determinadas *prácticas* en la contratación con consumidores: ¿cómo es posible que después de tantos años, aun contando con la descoordinación de muchos de nuestros textos legales, el intérprete haya avanzado tan lentamente para desentrañar el nudo gordiano de tantas cláusulas que provocan un *desequilibrio real* entre las partes contratantes?

Es claro que las circunstancias son muy cambiantes y la sociedad transforma cada vez con mayor rapidez el modo de entender las relaciones jurídicas, pero parece necesario reconocer que ha existido un déficit en la aplicación e interpretación de muchas normas básicas de nuestro Derecho privado interno. Es decir, después de muchos años puede afirmarse que la permeabilidad y adaptación de algunas normas privadas comunitarias a nuestra cambiante realidad jurídica es manifiestamente mejorable. Tal vemos que ha sucedido, suponiendo esto una seria advertencia más para los que pensaban que todo estaba expedito en esta materia, a propósito de la STJUE 14 de marzo de 2013 al enjuiciar rigurosamente una serie de distorsiones a propósito de una más que deseable adaptación legal del contrato de préstamo hipotecario a la normativa sustantiva y procesal españolas de protección del consumidor. Parece claro que la cuasi estanqueidad de las normas procesales nacionales, con base en el «principio de autonomía procesal» de los Estados miembros, no puede venir a constituirse, como ocurre de facto en bastantes ocasiones, como mero blindaje espurio. Y es que tal estado de cosas ha provocado la inoperancia de algunas normas tuitivas que regulan las relaciones con consumidores, siendo preciso recordar una y otra vez que la normativa de consumo, en muchas situaciones, tiene como finalidad sustancial «reemplazar el *equilibrio formal* que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un *equilibrio real* que pueda restablecer la igualdad entre estas»¹.

Pues bien, los *principios de equivalencia y efectividad* constituyen elementos esenciales de la aplicación e interpretación expansiva de la normativa de consumo, en tanto que permiten horadar esa parte del ordenamiento intocable de cada Estado miembro, siempre al socaire del consabido «principio de autonomía procesal». Y es que no cabe duda de que la penetración de los principios tuitivos del derecho de consumo en otras ramas del ordenamiento, incluida la procesal, debe aceptarse sin reticencias. Para llevar a cabo esto por parte del operador jurídico será suficiente demostrar, por ejemplo, que los mecanismos y modalidades procesales de una determinada realidad son «menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (*principio de equivalencia*), y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (*principio de efectividad*)»². Todo esto, en efecto, nos lleva a preguntarnos: ¿estamos en el punto de partida

que permite justificar al operador, con mayor facilidad que antes, la ampliación de los parámetros de aplicación e interpretación del derecho privado de consumo, llegando a otros ámbitos del ordenamiento anteriormente vedados? Y de ser esto así, ¿servirá de ayuda en este cometido, junto a lo ya regulado y conocido sobre las cláusulas abusivas, que cobren mayor protagonismo el análisis e incidencia de las prácticas comerciales abusivas y desleales dentro de la actividad contractual comercial? Así lo parece, en efecto, pues la reforma por Ley 29/2009, de transposición de las Directivas 2005/29/CE y 2006/114/CE, si bien sustancialmente se acomete en el estricto ámbito de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal de 1991 (LCD en adelante), transversalmente, puede observarse que incide netamente en la aplicación de la normativa sobre contratación comercial y de consumo (TRLGD-CU y LOCM), así como también en la normativa sobre publicidad e información de empresarios o profesionales (Ley 34/1988, General de Publicidad) (LGP), y esto parece ser así por cuanto que los factores competenciales parecen ya formar parte de los contenidos normativos regulados por las legislaciones mencionadas, donde se cruzan indefectiblemente el derecho civil y mercantil.

Puede afirmarse que la reciente entrada de las prácticas comerciales en nuestro ordenamiento parte básicamente de la traslación y adaptación del concepto de «prácticas comerciales desleales» al conjunto de la contratación, por lo que parece muy aconsejable determinar previamente, desde la perspectiva del Derecho Europeo de Contratos, alguna de las claves conceptuales y terminológicas que permitan un estudio más preciso del alcance y contenido de las reformas recientes, lo que conducirá a un análisis más certero sobre una mejor aplicación e interpretación de las normas privadas de mercado en relación con los consumidores. Para esto resulta indispensable, a nuestro juicio, tener en cuenta los fundamentos jurídicos que sustentan los *Principios Europeos de Derecho de Contratos* (*Principles of European Contract Law*, 2000) (PECL en adelante), así como muchas ideas y conceptos recogidos en los *Principios del Marco Común de Referencia* (*Draft Common Frame of Reference*, 2009) (DCFR en adelante), al igual que dentro de la *Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea* (COM [2011] 635 final), 2011 (PRCE en adelante)³, o en la *Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores*, que modifica y deroga otras importantes directivas anteriores⁴.

Pues bien, de forma usual la normativa europea nos describe el sintagma «práctica comercial» junto con el adjetivo «desleal», lo que *a priori* nos obliga a buscar y trasladar de manera fidedigna el concepto de lo que se entienda por «lealtad» en el sistema del *common law*, siendo preciso examinar si existen fuera de este concepto elementos que sean realmente simétricos con los nuestros y cuáles no. Como punto de partida es importante constatar que los PECL recogen los usos parejamente con las prácticas, lo cual encaja perfectamente con las trazas básicas de la evolución marcada por nuestra tradición jurídica sistema del *common law*, donde prácticas y usos se han venido superponiendo y entremezclando entre

sí, sin que parezca estar forzándose la naturaleza de las cosas, amalgamando actos y conductas por las que se entiende que las partes contratantes pueden quedar «vinculadas» jurídicamente entre sí, o si acaso, de una manera distinta a la situación que precedió a la aparición de tales usos o prácticas, todo esto dentro de la línea análoga seguida por nuestra doctrina privada clásica⁵.

2. EL CONCEPTO DE «RAZONABILIDAD» EN LA APLICACIÓN DE USOS Y PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PRIVADA

Los PECL admiten tanto los *usos aceptados entre las partes* como aquellos otros usos desconocidos sobre los que, sin haberse pronunciado las partes, igualmente les vinculan en razón de un canon objetivo perfilado legalmente, cual es el parámetro de *la persona de buena fe que hipotéticamente se encuentre en la misma situación y circunstancias que los contratantes*⁶. Con esto parece darse carta de naturaleza al concepto de uso o práctica «razonable», idea que, aunque *a priori* parezca totalmente ajena a nuestra tradición jurídica, sin embargo realmente no ocurre así, en tanto que la misma *ratio iuris* forma parte esencial en la tarea de aplicación e integración de las normas en nuestro país. Además, es congruente entenderlo así por cuanto que la hipotética razonabilidad de usos y prácticas (art. 1105:2 PECL) se conecta directamente con el amplio concepto anglosajón de lo que se entiende por jurídicamente razonable (art. 1302 PECL), donde un comportamiento conforme a usos y prácticas razonables es equiparable con nuestro tradicional comportamiento conforme a la buena fe⁷.

Ahora bien, usos y prácticas en la normativa PECL, sean o no objeto de aceptación tácita o expresa, vienen categorizados por dos elementos subyacentes recogidos bajo esa idea de *razonabilidad*. El primer elemento, presupuesto básico para que el uso pueda adjetivarse como *razonable*, es que este pueda trasladarse a toda persona de buena fe que se encuentre en la misma situación y circunstancias del supuesto de referencia que se trate de enjuiciar. El segundo elemento al que hacemos referencia nos indica que para que un uso sea *razonable* es indispensable que sea plenamente *coherente* con todas las cláusulas del contrato celebrado entre las partes⁸. Pues bien, todo parece indicar que la idea de «razonabilidad» aplicable a usos y prácticas, desde el punto de vista técnico-jurídico, no cabe más que ponerse en conexión con el principio de la *buena fe*, y que, aun cuando no se recoge formalmente en los PECL a propósito de la aplicación de los usos y prácticas (art. 1:105 PECL), sin embargo aparece *ex profeso* en el artículo 1:302 PECL. En efecto, es aquí donde se explicita con detalle lo que debe entenderse como jurídicamente *razonable* en la aplicación de cualquier principio jurídico de la contratación, y esto se hace de forma sistemática, es decir, al amparo interpretativo del conjunto de disposiciones que conforman el completo articulado de los PECL («según estos principios»,

encabeza el precepto)⁹. Además, para juzgar más atinadamente sobre la condición de lo que debe entenderse como «*supuesto de aplicación razonable*», los redactores de los PECL aportan una selección complementaria de ciertos elementos auxiliares de la contratación que entienden *especialmente* relevantes en la interpretación contractual, como son la naturaleza y objeto de cada contrato y las circunstancias concurrentes de cada situación particular, en donde los usos y prácticas de los negocios forman parte incuestionable.

Pues bien, el canon hermenéutico de *razonabilidad*, que menudea en todos los proyectos normativos europeos en marcha, si bien parece novedoso en nuestro sistema del *civil law*, es posible incardinarlo adecuadamente dentro de nuestras figuras tradicionales, dándoles una proyección y actualización que posiblemente serán muy útiles en las revisiones en curso tanto de nuestro Código Civil («*Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009*») (PMCC en adelante)¹⁰ como del Código de Comercio («*Propuesta de Código Mercantil de 2013*»)¹¹. Con todo, debe recordarse que tal concepto de lo razonable ya se tuvo muy en cuenta en la importante y novedosa redacción de la Convención de Viena (CISG en adelante), donde aparece como un criterio interpretativo supletorio a la común intención de las partes dentro del contrato¹².

En efecto, allí se estableció tal concepto como criterio hermenéutico propio a propósito de «*las declaraciones y otros actos de una parte*», puntualizando que el canon comparativo de razonabilidad debe tamizarse por el sentido «*dado en igual situación [por] una persona razonable de la misma condición que la otra parte*». Se percibe pues, cómo este canon hermenéutico toma como referencia comparativa básica la de una «*persona razonable de la misma condición que la otra parte*», lo que permite incluir en este una muy amplia variedad de elementos o circunstancias del propio contratante. Así, tal y como se ha ejemplificado, el término «*condición*» utilizado en el precepto permitirá tener en cuenta, atestiguando la trascendencia jurídica que pueden alcanzar usos y prácticas, desde el bagaje lingüístico de cada persona, su capacitación técnica, el conocimiento de anteriores pactos y negociaciones entre las partes, hasta la presumible información que se haya adquirido sobre los mercados y sus fluctuaciones, o la capacidad de comprensión sobre términos acuñados en reglamentos o códigos comerciales, o incluso, extraídos de la misma publicidad o reglas de mercadotecnia de un sector con usos propios, o del tiempo o lugar en que se apliquen tales usos o prácticas¹³.

Pues bien, los PECL, en sentido paralelo al ya establecido en la Convención de Viena, ante la dificultad de conocer con exactitud la común intención de las partes, apelan «*al significado que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes*, en caso de encontrarse en las mismas circunstancias» que estas¹⁴. En fin, parece que el particular juicio de razonabilidad del *common law* ensambla sin quiebra con nuestra idea tradicional de la buena fe, que, aun cuando *a priori* no parezca tener nada que ver con los usos o prácticas, sin embargo constatamos que no es así. Basta, por ejemplo, observar como los

propios PECL establecen que para la determinación de lo que sea razonable «se deberán tener en cuenta la naturaleza y el fin del contrato, las circunstancias del caso y *los usos y prácticas de los ramos de negocios o profesiones involucrados*»¹⁵. Algo de esto ya se discutió a propósito de los trabajos prelegislativos en España, antes mencionados. Y así vemos, en efecto, que adquiere especial relevancia la inclusión de este canon hermenéutico general de carácter subsidiario en nuestro país dentro de la última «*Propuesta de Modernización del Código Civil*»¹⁶, concretamente a propósito de la recurrente indagación de la «intención común de las partes en el contrato», para cuya interpretación esta propuesta nos remite expresamente al criterio del «sentido objetivo que *personas de similar condición que los contratantes* le hubieren dado [a las palabras] en las mismas circunstancias»¹⁷. Sucinto pero suficientemente claro.

En suma, puede concluirse que desde la perspectiva contractual privada, el estándar de *razonabilidad* del *common law* anglosajón («*reasonable man*») coincide esencialmente con lo que en nuestro país se viene entendiendo por *buena fe objetiva*, parámetro esencial de medida de la diligencia media exigible, que, además, posibilita la apreciación de los principios de autorresponsabilidad y protección de la confianza¹⁸. Esta *diligencia media* es subsidiaria de la consideración que nos pueda merecer, a su vez, la específica naturaleza de la obligación donde aparecen usos o prácticas singulares y toda una serie de concretas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar que se trata de enjuiciar (art. 1104.I CC), y donde sabemos que la buena fe se canaliza sustantivamente a través del tradicional concepto del *bonus pater familias*¹⁹.

Mención aparte merecen las reglas auxiliares interpretativas recogidas en el mismo artículo 8.3 CISG al especificarse que «para determinar la *intención* de una parte o el sentido que habría dado una *persona razonable* deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera *prácticas* que las partes hubieran establecido entre ellas, los *usos* y el comportamiento ulterior de ellas». Tal elenco no exhaustivo de reglas contiene algo más que una serie de criterios subjetivos de interpretación, a excepción precisamente de los usos y prácticas establecidos entre las partes, que podrán utilizarse indistintamente como reglas interpretativas o como reglas de integración del contrato. Esto último con el apoyo del artículo 9.1 CISG, que determina que «las partes quedarán obligadas por *cualquier uso* en que hayan convenido y por *cualquier práctica* que hayan establecido entre ellas»²⁰.

La referencia expresa del artículo 9.1 CISG al carácter vinculante de cualesquiera *usos y prácticas* que las partes contratantes hayan convenido entre ellas («*las partes quedarán obligadas*»), parece un reconocimiento expreso del relevante peso adquirido en el ámbito dogmático de la contratación internacional, sin que pueda separarse de las reformas en curso de nuestro derecho nacional de la competencia y de los contratos a la luz del Derecho europeo

de contratos²¹. No es ajeno a lo que apuntamos, fenómenos tan diversos como la masificación y estandarización de la materia contractual, la necesidad de corregir los abusos en esta materia, la creación de relaciones contractuales por imposición administrativa, el fenómeno tópico de la globalización unido a la multiplicación de mercados y relaciones transfronterizas, que vendrían a justificar el carácter transnacional que se invoca certeramente, a nuestro juicio, dentro de esta evolución imparable que incide actualmente, de pleno, en el Derecho privado interno²². Pero, sea cual fuere su influjo, el carácter integrador de usos y prácticas en la Convención de Viena vemos que adquiere un marcado sesgo subjetivo al menos en cuanto a los usos, por cuanto que el legislador parte de la presunción legal de su aceptación tácita al afirmar: «*Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate*» (art. 9.2 CISG).

A fin de cuentas, la relevancia e interés de la Convención de Viena en este punto radica en la consideración general de cómo usos y prácticas, históricamente, se han ido perfilando como un elemento más del *contenido del contrato*, y ello por cuanto que, de un modo u otro, han contribuido a su proceso de formación²³. Así, desde una perspectiva internacional globalizadora, siempre trasladable a los derechos nacionales, es patente que usos y prácticas se adaptan de manera mucho más perfecta que otras herramientas jurídicas a las peculiaridades de cualesquiera operaciones con objetos bien diversos, como por ejemplo al ámbito de la compraventa u otros afines (materias primas, productos manufacturados, bienes de equipo, instrumentos de alta tecnología, etc.), amoldándose a contextos sociales, económicos y geográficos muy variados, mostrando signos evidentes de una creciente capacidad de adaptación y mutabilidad a las circunstancias cambiantes del intercambio de bienes y servicios. Con esto queremos apuntar que la regulación continuada mediante leyes generales o sectoriales, en muchas circunstancias, no permite adaptarse al cambio tan rápido de numerosas reglas, usos o prácticas derivadas de las técnicas publicitarias o de mercadotecnia de muchas actividades, sectores o profesiones. Por eso será lógico detectar claros desajustes temporales, que afectan en muchas situaciones a comportamientos y conductas de las personas en sus relaciones comerciales, lo que convendrá tener en cuenta en tanto que inciden en la formación de la voluntad de las partes en el contrato²⁴.

En último lugar cabe apuntar que también resulta acorde con la doctrina española la distinción básica entre prácticas y usos negociales, tal y como aparece en los PECL. Así, dentro de lo que se entiende por «prácticas» pueden incluirse tanto las conductas previas o preliminares de una relación contractual entre las partes (*prácticas individuales*), como las conductas reiteradas a propósito de la

celebración entre ellas de un determinado tipo de relaciones contractuales más o menos estandarizadas (*prácticas individuales consolidadas*). Y dentro de los «usos» es común que se juzguen como tales aquellas conductas que se reiteran durante un cierto tiempo por parte de personas que habitualmente se dedican a un determinado tipo de relaciones jurídicas dentro de un ámbito comercial o profesional²⁵.

3. EL CONCEPTO DE LA «LEALTAD CONTRACTUAL» Y SU CONEXIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

En cuanto a la consideración jurídica específica que pueda merecer el *comportamiento o conducta* de las partes, manifestado por usos y prácticas más o menos reiterados, es muy importante la referencia explícita al concepto de *lealtad contractual*, el cual desde hace tiempo aparece ligado al principio de la buena fe contractual, con sede matriz en el *common law*. Esta expresión no figura por el momento en nuestro ordenamiento privado, si bien vemos que se incluía dentro de la antigua Propuesta CGC 2006 al afirmarse que «las negociaciones para celebrar un contrato mercantil deben hacerse de buena fe y *con lealtad*» (art. 45, Propuesta CGC)²⁶. Más recientemente, en la Propuesta de Código Mercantil de 2013, en el estricto ámbito de la contratación, esto es, al margen del desempeño de un cargo o función (deber específico de administradores y representantes o auxiliares del empresario), ya solo se recoge a propósito de la regulación del sinalagma específico del contrato de distribución comercial: «Las partes contratantes deberán observar en sus recíprocas relaciones la máxima lealtad y buena fe» (art. 543-6 *Propuesta de Código Mercantil de 2013*)²⁷. También puede comprobarse que este concepto se repite en el DCFR de 2009, donde se incluye como canon hermenéutico caracterizado como de obligada consideración hacia los intereses de la otra parte contratante en liza, pudiendo interpretarse como un criterio general de cierre del acabado cumplimiento de las obligaciones contractuales²⁸.

Con antelación, el sintagma «lealtad contractual» aparece con profusión en los PECL en ámbitos bien heterogéneos²⁹, entre otros, por ejemplo, a propósito de la aplicación del principio general de libertad contractual (art. 1:102); como elemento indisociable del principio general de la buena fe o del deber de cooperación contractual (art. 1:201 [1]); como elemento de discriminación de la responsabilidad precontractual (art. 2:301), de la validez del contrato por error o dolo (arts. 4:103 [1] y 4:107 [3]), o del control de las cláusulas abusivas (art. 4:110 [1]); como principio básico de la interpretación e integración de las normas (art. 1:106 [1]), circunstancia relevante en la interpretación del contrato (art. 5:102.g) o como elemento constitutivo de las denominadas *cláusulas implícitas* (art. 6:102.c); o, en fin, como causa de inoperatividad de las

cláusulas de exclusión o restricción de los remedios por incumplimiento del contrato (art. 8:109). En suma, puede observarse cómo en la regulación de los PECL, lealtad y buena fe aparecen indistintamente como criterio hermenéutico e integrador específico del contrato, como parámetro del cumplimiento de las obligaciones contractuales (*diligencia del buen padre de familia*)³⁰, o como límite del ejercicio de los derechos subjetivos de acreedor.

Así todo, los antecedentes legales y la evolución reciente abonan la idea de configurar la lealtad contractual como elemento específico y propio, en ningún caso renuente a cumplir su función de alcanzar la mayor concreción posible en la aplicación de la buena fe dentro de las relaciones contractuales, válido y eficiente posiblemente en ámbitos distintos a los usuales o ya conocidos. Este planteamiento no resulta devaluado por el hecho de reconocer que, al menos en algunos países, el concepto de la buena fe aparece, *a priori*, más restringido que en nuestro acervo interno, pues suele entenderse más bien en un sentido subjetivo, esto es, como referencia a un estado o representación mental de la persona que cree actuar honestamente sin lesionar los derechos de terceros. Esta idea de lealtad, un tanto deficiente e incompleta, viene a presuponer en todo caso la «observancia de reglas objetivas independientes de cualquier conciencia, intención o posición jurídica subjetiva»³¹.

Con todo, en estos momentos, la idea de lealtad contractual pensamos que permite reforzar el concepto de la buena fe objetiva, ampliando enormemente el campo de actuación de los operadores jurídicos en lo atinente a la natural interferencia de usos y prácticas en las relaciones contractuales. Esto es así sin que pueda obviarse la dificultad, posiblemente más teórica que real, de reagrupar bajo el canon de la buena fe a muy distintos conceptos europeos de raíces culturales bien diversas. Pero dentro del proceso de unificación y armonización contractual actual, debe reconocerse que la idea de lealtad contractual ajena al *civil law* puede contribuir a otorgar un mayor alcance a la interpretación e integración de contratos afectados por prácticas y usos de cualquier naturaleza. Ahora bien, se precisará un mínimo de destreza del operador en la técnica legal empleada para conseguir este cometido.

En fin, buena fe, lealtad y confianza legítima, son conceptos e ideas afines que afectan a la operatividad de cualesquiera usos y prácticas entendidas como actos, conductas o comportamientos insertos en la contratación. A nuestro juicio, serán conceptos intercambiables entre sí en los supuestos en que tengan que dilucidarse, por ejemplo, las consecuencias y efectos jurídicos de las comunicaciones comerciales, la publicidad o de las prácticas de comercialización de productos y servicios. A propósito del vocablo «*confianza legítima*» puede verse, por ejemplo, cómo la PMCC 2009 establece un mecanismo general que permitirá al operador o intérprete impedir la aplicación de una cláusula contractual merced al eventual influjo hermenéutico de las prácticas sobre el clausulado del contrato. En efecto, ahí se propone que tales cláusulas serán válidas, pero se

exceptúan los supuestos en que pueda probarse que se haya quebrado la *confianza legítima* fundada en el comportamiento del predisponente: «Un contrato mercantil que conste por escrito en el que exista una cláusula que prevea que cualquier modificación o que la extinción del mismo se realice por escrito no puede modificarse o extinguirse de otra forma. No obstante, el comportamiento de una de las partes en relación con la modificación o la extinción del contrato impide invocar esa cláusula *si dicho comportamiento hubiera generado en la otra parte una confianza legítima*»³². Es plausible, señal de amplio acuerdo por la doctrina, que esta idea se haya trasladado literalmente al artículo 413-9 de la Propuesta de Código Mercantil de 2013, dentro de las disposiciones generales relativas a la modificación de los contratos³³.

Finalmente debe hacerse notar que tanto el juicio de razonabilidad para el enjuiciamiento de usos y prácticas como el concepto de «lealtad contractual», en su conexión con el principio de buena fe contractual, permiten ensamblarse a la perfección con la Directiva 2005/29/CE, transpuesta precisamente por Ley 29/2009 en aras de que «la legislación protectora de los consumidores se integre de manera coherente dentro de la regulación del mercado», promoviendo de esta manera un cambio profundo con la nueva redacción de la Ley de Competencia Desleal con la finalidad de «asegurar que aquella tutela sea *la más efectiva* y que la normativa del mercado no quede *desintegrada*»³⁴.

Parece que la aproximación del concepto de «lealtad contractual» con las prácticas comerciales desleales encontrará por esta vía una mayor operatividad. Tal concepto permite calificar más adecuadamente toda práctica comercial desde el momento preciso en que dicha práctica se pueda conectar con sus últimos destinatarios o consumidores. Integración normativa y efectividad. Difícilmente se alcanzarán estas si las fuentes del Derecho privado común no se acomodan a las bases y fundamentos aquí expuestos. Luego lo analizamos más detenidamente al tratar de los efectos jurídicos que derivan de las declaraciones de las partes, particularmente de la información suministrada por personas o empresas en la libre comercialización de bienes y servicios, donde se observa la importancia creciente de la publicidad y mercadotecnia en las consecuencias del contrato (art. 1:101 PECL; art. 3:101 y sigs. DCFR). La información, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, se encuadra de esta forma cada vez mejor como parte esencial de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales.

II. APROXIMACIÓN A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES Y USUARIOS. LA EVOLUCIÓN DE LAS «PRÁCTICAS» EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES COMERCIALES

Veamos la incidencia de las «*prácticas comerciales*» en nuestro ordenamiento *privado*, merced a la penetración del principio de protección del consumidor

y a la nueva regulación de las denominadas «prácticas comerciales desleales» en el ámbito de la contratación con consumidores, inspirándose en conceptos y normas insertas en directivas y reglamentos del Derecho comunitario, así como en ciertas propuestas y reglamentaciones europeas de contratos.

Tarea problemática resulta casi siempre conceptualizar tales prácticas, tanto si las entendemos como «abusivas» (plano de la contratación) como «desleales» (plano competencial). Hoy ambos planos se suelen confundir habitualmente, máxime si partimos de la idea de que desde la perspectiva del consumidor no es fácil separar si está viciado el contrato que acompaña a una mala práctica o si el mal funcionamiento del mercado está distorsionado por un particular aspecto que incide en la contratación. Posiblemente, en muchos supuestos, ambas cosas acontecen al mismo tiempo. El problema, además, es que estamos en un ámbito rico y denso en referencias cruzadas entre legislaciones superpuestas, tales como son la LCD, LOCM, LGP o TRLDCU, todas ellas modificadas por la Ley 29/2009 al transponer la Directiva 2005/29/CE. Las derivadas, enfoques y matices son complejos, y lo que importa es delimitar cuáles son esas prácticas concretas y el análisis de su particular incidencia en las relaciones contractuales. Lo que parece claro es que la regulación de la competencia desleal incide tanto de manera directa como indirecta en la contratación de consumo, produciendo dudas y desajustes en la aplicación e interpretación de las normas³⁵.

Aun cuando las *prácticas comerciales* no son propiamente cláusulas contractuales, sin embargo debe admitirse que estas parecen condicionar cada vez en mayor grado la realización de múltiples contratos predispuestos, de manera que, cuando menos, habrá que tomarlas en consideración a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la eventual responsabilidad civil que pueda derivarse de ellas. Es cierto que prácticas de todo tipo han existido siempre, pero no cabe duda que en los últimos años el legislador y los operadores han evolucionado en sus planteamientos, plasmando en distintas normas *ad hoc* algunas de las señales de cambio ya vislumbradas desde hace una veintena de años en distintas directivas y reglamentos comunitarios, y, más concretamente, a partir de la publicación del *Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea* (COM [2001] 531 final, 2 octubre 2001)³⁶.

Pues bien, ha sido precisamente este reciente cambio de rumbo el que parece haber propiciado la idea de incorporar a nuestro Código Civil todo el «régimen jurídico de los contratos con consumidores», como formalmente propone la PMCC. Esta propuesta parte precisamente de los cambios legales realizados fragmentariamente, poco a poco, contando con que «el *núcleo sustancial* de la mayor parte de las reglas especiales tienen su origen en directivas europeas» transpuestas en estos últimos veinte años³⁷. Sea como fuere, el legislador comunitario europeo, sin descartar una futura armonización del conjunto del Derecho competencial, ha dado el paso legal de armonizar las prácticas comerciales en el inédito ámbito en nuestro país, hasta hace poco tiempo, de la contratación con

consumidores y usuarios, lo que obliga a ocuparse *ex novo* del «reproche de deslealtad» competencial, lo cual tiene un claro entronque y relevancia inmediata en la contratación de bienes y servicios con consumidores. No nos referimos aquí a las relaciones contractuales entre empresarios sino a las relaciones entre empresarios o profesionales y consumidores. Estamos en el seno de relaciones sinalagmáticas, donde los usos y prácticas se hacen especialmente relevantes en la fase preparatoria del contrato, la más propicia, por cierto, a confusiones que provienen de la falsa o ambigua información previa que se maneja antes de aceptar una oferta contractual³⁸.

Parece claro que el eventual «reproche de deslealtad» que recaiga sobre un acto de competencia desleal entendido como comportamiento comercial con finalidad concurrencial, aun cuando afecta directamente a la competencia en cuanto tal, hoy en día parece ir bastante más allá, pues permite adentrarse netamente en el ámbito de la contratación de consumo. Debe tenerse en cuenta que con la nueva regulación de la LCD se constata, por ejemplo, que el legislador comunitario ha posibilitado enormemente, de facto, el ámbito de aplicación y operatividad de las «prácticas» en el ámbito de la contratación comercial (también extensible al último eslabón de la cadena de distribución), pues ha venido a reconocer formalmente a las «comunicaciones comerciales» de cualquier naturaleza (publicidad y comercialización incluidas) el mismo rango jurídico vinculante que a los «actos, conductas o comportamientos» de empresarios o profesionales que participan en el libre mercado (art. 2.d) Directiva 2005/29/CE).

Sin perjuicio de las normas que regulan los contratos (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), el legislador comunitario ha venido reforzando su obligación de velar por un «correcto» funcionamiento de mercado, esto es, el bien jurídico protegido por toda esta normativa sigue siendo, con independencia de otros cometidos, la poliédrica institución de la competencia, si bien con la novedad de que ahora se desarrolla paralelamente trabada a la contratación con consumidores y usuarios³⁹. De este modo, al incluirse también ahora al consumidor en la regulación de la competencia entran en liza los actos, conductas, comunicaciones, publicidad y comercialización (prácticas comerciales), esto es, todo un bloque ingente e indeterminado de actividades que pasan así a adquirir una mayor relevancia e incidencia en la formación y eficacia de la contratación. El que se tengan en cuenta o no tales prácticas y el grado de incidencia en cada ámbito o sector contractual queda a merced de la legislación general de la contratación de cada Estado. Las bases están expeditas y la conciencia social deberá llevar a cada legislador nacional a una regulación acorde y, casi de modo imprescindible, lo más armonizada posible. Aunque en algún tipo de relaciones contractuales los consumidores no formen parte directa de tales relaciones, también podrán ser aplicables todas estas consideraciones y principios cuando de los contratos entre empresas se deriven perjuicios nítidos en la economía de mercado (fijación de precios), o bien asimetrías y desequilibrios claros para los competidores. Y

esto aunque solo fuera por el hecho de que los consumidores ocupan el último lugar de la cadena comercial de distribución en la que fácilmente menudean todo tipo de prácticas abusivas por anticompetenciales, por lo que se hace preciso en muchas ocasiones facilitar a los consumidores la posibilidad de ir más allá de la imposición de meras sanciones por incurrir en ilícitos administrativos o, si acaso, penales⁴⁰. Nos referimos obviamente al resarcimiento por responsabilidad civil, en tanto que determinadas prácticas puedan justificar la nulidad e invalidez de determinados contratos y operaciones.

Estas prácticas comerciales cobran novedosa eficacia desde la perspectiva particular de la información suministrada al consumidor por empresarios y profesionales con ocasión de cualquier transacción o contrato. Parte el legislador de la práctica comercial vinculada a cualquier forma de manifestación que pueda distorsionar el comportamiento del consumidor, en el sentido de que pueda incidir o no en la aceptación de una oferta contractual por el consumidor con pleno conocimiento de causa. Es congruente, pues, afirmar que la suma de todos estos comportamientos individuales, de hecho, permiten presumir un sesgo importante en el libre funcionamiento del mercado de bienes y servicios, sea en un sentido positivo o negativo. Es importante observar que el concepto de «práctica» incluye ahora por definición todo «acto, omisión, conducta o manifestación» del profesional o empresario, yendo incluso más allá de la publicidad formal y de la actividad comercializadora generadora de usos o prácticas singulares, siendo suficiente que al operador se le exija comprobar si esta ha incidido o no en la aceptación del consumidor sobre la oferta particular de bienes o servicios. Competencia y contrato se muestran cada vez más indisolubles, al menos a simple vista, lo que determina un cambio de perspectiva en este campo.

III. LA FRAGMENTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES: SUS CONSECUENCIAS

Mientras la LCD ahora únicamente se refiere a las prácticas con los términos «actos» o «comportamientos», el art. 2.d) Directiva 2005/29/CE las describió como «todo *acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización*, procedente de un comerciante y directamente vinculadas a la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores».

No debe olvidarse que el eje central de la reforma operada por Ley 29/2009 es «integrar» la legislación protectora de consumo en la regulación competencial de mercado (LCD), nunca al revés. La encomiable finalidad declarada por el mismo legislador en su mismo preámbulo es alcanzar la mejor y «más efectiva» tutela del consumidor, intentando con ello «que la *normativa del mercado* no quede desintegrada», lo cual dice bastante del reequilibrio global de relaciones

que se propone alcanzar mediante este binomio competencia-consumo con la reforma legal de 2009.

Si bien el legislador español al transponer la Directiva 2005/29/CE optó por la vía de adaptar la normativa sobre competencia desleal de la LCD de 1991, es cierto que también podría haber acometido esta reforma dentro del estricto ámbito del TRLGDCU, rehuendo así el cómodo y en ocasiones enojoso recurso a la remisión en bloque de normas, tal como hace ahora por ejemplo con el artículo 19.2 TRLGDCU respecto a todo lo dispuesto en la materia dentro de la LCD o LOCM reformadas⁴¹. Cabe objetar que estas remisiones cruzadas entre leyes que regulan aspectos transversales no siempre son adecuadas, pues no resultan en ocasiones de fácil aplicación e interpretación. No obstante esto pareció justificarse por el legislador merced al útil expediente competencial, por cuanto que es el Estado quien tiene la competencia *exclusiva* en la materia por considerarse materia de Derecho mercantil (art. 149.1.6º CE), obviándose así los eventuales problemas de todo tipo de una hipotética regulación de las prácticas comerciales por parte de las Comunidades Autónomas. La finalidad parece clara y expeditiva. Salvo las excepciones previstas, ni las Comunidades Autónomas ni el Estado podrán ahora retocar o añadir nada al respecto; la propia Directiva 2005/29/CE lo impide en su artículo 1. Ahora solo cabrían tres excepciones normativas posibles a la regla general establecida por esta Directiva de máximos: 1ª) Que se trate de normas que afecten a la salud o la seguridad de bienes y servicios (art. 19. 3 TRLGDCU; art. 3.3 Directiva 2005/29/CE); 2ª) Que existan normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales ya previstos en normas comunitarias específicas (art. 19.4 TRLGDCU; art. 3.4 Directiva 2005/29/CE); y 3ª) Que existan normas que regulen las prácticas comerciales relativas a bienes y servicios financieros (incluidas las operaciones con los denominados productos financieros) o sobre bienes inmuebles, en tanto en cuanto ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario (art. 19.5 TRLGDCU; art. 3.4 Directiva 2005/29/CE)⁴².

Sea como fuere, el nuevo concepto de *prácticas comerciales* de la Directiva 2005/29/CE tan solo aquí prevé que estén *directamente* relacionadas con *la venta o promoción de bienes y servicios*, por lo que es factible interpretar que dentro de tales prácticas cabe incluir tanto *las actividades promocionales* como las *relaciones públicas* o la mera *publicidad corporativa* de una empresa comercializadora o distribuidora de bienes o servicios. No sería aceptable, sin embargo, que se excluyeran las relaciones públicas o la publicidad de este concepto al amparo de un criterio restrictivo que estimase, por ejemplo, que tales actividades lo único que pretenden es crear una imagen favorable para la empresa que las realiza. Además, siempre en favor de su consideración como prácticas milita la circunstancia de que las «comunicaciones comerciales» en cuanto tales se incluyen expresamente en el amplio concepto de «práctica comercial», tal y como aparecen descritas en el artículo 2.d) Directiva 2005/29/CE, que menciona

cualesquiera actos, omisiones, conductas o manifestaciones, o comunicaciones comerciales, incluida la publicidad y la comercialización de los bienes o productos en conjunto⁴³.

Cuando la Directiva 2005/29/CE menciona solamente las prácticas *dirigidas a consumidores*, parece de vital importancia que se tengan en cuenta asimismo todas las circunstancias que rodean a cada supuesto. De esta forma, parece imprescindible atender al papel fundamental que juega cada *tipo de bien o producto* que se promociona en el mercado, así como al *medio de difusión* que haya sido empleado. De esta manera bastará conocer que un producto se dirige al consumo en general o a un uso preferentemente empresarial o profesional, o que se utiliza un medio de difusión general o especializado, para poder deducir si se trata realmente o no de una *práctica comercial* de un ámbito específico que afecta a la protección del consumidor.

Con todo, la Ley 29/2009 da un paso importante de *refuerzo* de la idea plasmada en la primitiva LCD de 1991, esto es, pasando de una tutela *exclusiva* de los intereses privados de los empresarios implicados en la lucha concurrencial («modelo corporativo o profesional»), a una tutela *complementaria* de los legítimos intereses económicos de los consumidores *en tanto que contratantes de bienes y servicios*. Parece, pues, que el legislador deja de proteger el *interés público*, pero sin rehusar a tutelar el interés de toda la colectividad salvaguardando lo que, con un cierto eufemismo, se denomina «*correcto funcionamiento del mercado*» («modelo social»)⁴⁴. Ha sido la norma que regula la *cláusula general de competencia desleal con consumidores* como norma de cierre del sistema competencial (art. 4.1.II LCD), la que posiblemente plasme mejor la transición de un «*modelo corporativo*» de competencia, imperante en el fragmentario sistema de competencia desleal anterior a la LCD de 1991, hacia un «*modelo social*» de competencia⁴⁵.

La idea básica es que ahora nuestro legislador separa la regulación de las prácticas desleales en dos grandes bloques diferenciados en sendos capítulos dentro de la LCD. Por un lado, el capítulo II LCD recoge lo que considera actos de competencia desleal de carácter general, con independencia de quiénes sean sus destinatarios, y, por otro, el capítulo III de la LCD regula los actos que tienen su encuadre en las relaciones específicas de empresarios o profesionales y consumidores en tanto que destinatarios finales. Con esto parece romperse definitivamente la unidad estructural de este sector del ordenamiento jurídico. Aun cuando pueda decirse que esto carece de trascendencia práctica en el conjunto de la LCD, sin embargo, pensamos que tiene consecuencias en el ámbito de la contratación con consumidores y usuarios, por cuanto que *las conductas* que ahora sean calificadas como prácticas desleales con consumidores pasan también a estar sometidas al régimen sancionador general previsto en el TRLGDCU, tras ampliarse por Ley 29/2009 la competencia sancionatoria de la Administración en materia tan sensible merced a los artículos 47.3 y 49.1.I TRLGDCU⁴⁶.

Es precisamente el artículo 19 LCD el que ahora amplía la aplicación de determinados artículos incluidos en la parte general del capítulo II de la LCD a la regulación de las prácticas con consumidores y usuarios del capítulo III de la LCD, concretamente sus artículos 4, 5, 7 y 8 («prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios»). En estos artículos se recoge la importante cláusula general utilizada como norma de cierre del sistema competencial (art. 4.1.II LCD), se definen las prácticas engañosas (arts. 5 y 7 LCD) y, finalmente, las prácticas agresivas con carácter general (art. 8 LCD)⁴⁷. Como contrapartida, puede observarse cómo determinadas conductas tipificadas con carácter general en el capítulo II de la LCD, teóricamente pensadas para las relaciones competenciales entre empresarios y profesionales, son de imposible aplicación a esas relaciones, como vemos que ocurre con las conductas que suponen un tratamiento discriminatorio con *consumidores* (art. 16.1 LCD), la venta a pérdida susceptible de inducir a error a los *consumidores* acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento (art. 17.2.a LCD), o las distintas modalidades de *publicidad ilícita*, en la que debe incluirse la publicidad engañosa y la publicidad agresiva (art. 18 LCD)⁴⁸.

La fragmentación del Derecho competencial que afecta a consumidores, por cuanto establece dos ámbitos de actuación separados, obliga al operador a aplicar, en primer lugar, el capítulo II LCD sobre «prácticas comerciales con los consumidores o usuarios», en donde se transpuso razonablemente estructurada y ordenada toda la casuística del Anexo I de la Directiva 2005/29/CE⁴⁹. A continuación, en segundo lugar, de no encontrarse el supuesto específico, habrá de acudir a las enunciaciones generales que aparecen en los artículos 5, 7 y 8 sobre prácticas engañosas (acciones u omisiones) y prácticas agresivas, para, finalmente, de no atinarse con la calificación adecuada a cada caso, acudir a la importante cláusula general que opera como norma de cierre en manos de jueces y tribunales (art. 4.1.II LCD), esencial en esta materia.

IV. LAS PAUTAS DE LA NUEVA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL DE PRÁCTICAS COMERCIALES CON CONSUMIDORES: LEALTAD Y BUENA FE

La LCD utiliza el término «prácticas comerciales» para referirse a «comportamientos» o «conductas» con finalidad concurrencial de empresarios o profesionales que intercambian bienes y servicios, al objeto de determinar si se apartan o no de las pautas del «buen funcionamiento del mercado interior». La información contractual, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, forma parte de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales. Pues bien, tales pautas se han redefinido con carácter general en el mismo artículo que ya recogía la exclusiva cláusula general. Pero

ocurre, como apuntamos, que el artículo 4.1 LCD reformado ya no describe tan solo una sino *dos cláusulas* generales diferentes y yuxtapuestas, y que se aplican a supuestos distintos. La primera cláusula reproduce el texto original de la LCD de 1991, que considera desleal «todo comportamiento que resulte *objetivamente* contrario a las exigencias de la buena fe», y que tan solo será aplicable a las relaciones entre los propios empresarios y profesionales. La segunda cláusula, sin embargo, se aplicará a cualesquiera relaciones de las empresas o profesionales con consumidores y usuarios⁵⁰. Es precisamente esta segunda cláusula la que ahora nos ocupa y la que genera problemas de interpretación, habida cuenta de la fragmentación antedicha y del nuevo enfoque generalista e integrador llevado a término con la reforma de la LCD. Por tratarse esta cláusula de una norma de cierre, sobre la que pivota buena parte del sistema concursal con consumidores, deben señalarse cuáles son sus características sustantivas.

Pues bien, el eje vertebrador de esta segunda cláusula del artículo 4.1.II LCD no es otro que el concepto de *diligencia profesional* entendida como el «nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las *prácticas honradas de mercado* o con el *principio general de buena fe* en el ámbito de la actividad del comerciante» (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE). De esta forma, la *diligencia profesional* ha pasado a convertirse en la *pauta de conducta que guía las prácticas desleales* entre operadores económicos y consumidores. Cabe recordar que estas dos fuentes de las que se nutre esta diligencia profesional, *prácticas honradas de mercado* y *principio general de la buena fe*, son los conceptos más reiterados en los sistemas comparados europeos⁵¹. La redacción de la Directiva 2005/29/CE se alejó así de la propuesta inicial, que hacia recaer el estándar de conducta de la diligencia profesional en valoraciones subjetivas de los empresarios, haciendo depender la deslealtad contractual en exclusiva de la adecuación o no de las prácticas particulares a las normas abstractas y patrones objetivos de conducta⁵².

A este propósito es importante señalar la *conjunción disyuntiva* utilizada a este propósito por el legislador comunitario en la redacción del precepto antedicho: «acorde con las *prácticas honradas del mercado* o con el *principio de la buena fe*». La locución utilizada parece bien clara al respecto, pues describe y deja netamente abiertas las dos posibilidades basadas en conceptos distintos y superpuestos. Parece darse a entender nítidamente que la *vulneración de tan solo uno de ellos*, la «buena fe» o las «prácticas honradas de mercado», supone un quebranto de la diligencia exigible al empresario o profesional⁵³. Sin embargo, en contra de esto, sin justificación alguna, en el farragoso artículo 4.1.II LCD de nuestro texto reformado se restringe la amplitud del precepto comunitario, dejando exclusivamente abierta la posibilidad de medir el grado de diligencia profesional *respecto a las «prácticas honestas del mercado»*, obviándose así la

buena fe como criterio autónomo e independiente para determinar la diligencia del empresario tal y como hace el texto inspirador de la Directiva 2005/29/CE.

Se observa, pues, cómo la cláusula general del artículo 4.1.II LCD relativa a las relaciones con consumidores se aparta claramente en este punto de la Directiva 2005/29/CE. En efecto, puede comprobarse cómo la redacción de la cláusula en cuestión en la Directiva 2005/29/CE gravita sobre la noción de diligencia profesional, permitiendo al operador recurrir alternativamente para su solución, o bien a las *prácticas honradas de mercado* o bien al principio general de la buena fe (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE). Sin embargo, en nuestra Ley 29/2009 esta cláusula general aplicable a consumidores descansa *exclusivamente* sobre las exigencias de la buena fe, equiparándolas restrictiva y confusamente, a todos los efectos, al ámbito exclusivo de las denominadas *prácticas honestas de mercado*. Y es que nuestro legislador, al concretar las exigencias del comportamiento del empresario que derivan del principio general de la buena fe, tan solo menciona aquellas que respeten «el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario *conforme a las prácticas honestas del mercado*» (art. 4.1.II LCD). Es decir, establece una analogía estricta entre las exigencias de la buena fe y aquellas otras que puedan derivarse de la diligencia profesional. No es posible, pues, al menos siguiendo la literalidad del precepto, una confrontación directa de la conducta del empresario con el principio de la buena fe, tal y como permite hacerlo alternativamente la Directiva 2005/29/CE, en consecuencia, de una manera más flexible y abierta como sería deseable⁵⁴.

En suma, la transposición legal en España de las prácticas comerciales opera en el concepto de cláusula general con consumidores un reduccionismo que puede ser perturbador, pues realmente la Directiva 2005/29/CE lo que realmente trató de instaurar es un doble parámetro de referencia o comparación para las relaciones de consumo, al establecer, de manera alternativa, una diligencia profesional «acorde con las prácticas honradas de mercado o con el principio general de la buena fe en el ámbito de la actividad del comerciante» (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE). Es decir, el principio de la *buena fe* aparece en la Directiva como un estándar de conducta distinto y separado del parámetro de las *prácticas honestas del mercado*. Esta cuestión es sustancial, pues el eventual reproche de deslealtad en la conducta se hace depender exclusivamente en nuestro país de las *prácticas honestas* de mercado, dificultándose así, por ejemplo, que a través del exclusivo recurso al principio general de la buena fe, se puedan invocar normas de conducta distintas o, en su caso, ulteriores exigencias que puedan derivar de las estrictas y volubles prácticas honestas⁵⁵.

Si bien es importante reconocer que hay una jurisprudencia menor que viene reconociendo un cierto solapamiento entre las exigencias de las prácticas honradas y las exigencias del principio de la buena fe como *fuentes integradoras* de la diligencia profesional⁵⁶, es preciso enfatizar que tal principio de la buena fe facilita notablemente al intérprete determinar cuáles sean las pautas razona-

bles de conducta debida o, dicho de otra manera, las expectativas y exigencias normativas en el mercado de bienes y servicios en relación con las empresas, lo que hemos denominado juicio de razonabilidad sobre usos y prácticas. Una de ellas, tal vez la más importante para la competencia real, es la que se traduce en el singular *mandato normativo de no ocultar información relevante sobre el alcance de la toma de decisiones contractuales en el ámbito de las relaciones entre empresarios y consumidores*, sea cual fuere el sector de la actividad en el que se desarrolle la práctica o uso que en cada caso haya de enjuiciarse⁵⁷.

Pues bien, esta omisión del principio de la buena fe por parte del legislador nacional, que no imprevisión, pues aparece bien claro en la Directiva 2005/29/CE en el ámbito específico de la actividad del comerciante en sus relaciones con consumidores y usuarios, justifica sobradamente la necesidad de sugerir su reforma legal, o, en su defecto, la conveniencia de tratar de influir desde el comienzo en la tarea de establecer una interpretación correctora de los tribunales en este punto. El caso es que la idea de subrayar la conveniencia de mantener el principio de la buena fe como *límite* principal y prioritario del ejercicio de los derechos en este ámbito, en expresión acuñada por el artículo 7 del Código Civil, enlaza y conecta a la perfección con el criterio de la buena fe esgrimido por los tribunales cuando juzgan de la abusividad de las cláusulas contractuales⁵⁸. Por otra parte, es persistente la idea de que todo reproche de deslealtad de las conductas debe quedar desligado de cualquier connotación subjetiva vinculada al ánimo del empresario o sujeto agente, siendo preciso que la buena fe se ajuste, en la medida de lo posible, al adecuado funcionamiento del mercado y al principio renovador de una competencia real y eficiente⁵⁹.

V. APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y SINGULARIDADES DE LA CLÁUSULA GENERAL DESLEAL COMO NORMA DE CIERRE DEL SISTEMA PRIVADO

Desde otro punto de vista la crítica a la cláusula general con consumidores del artículo 4.1.II LCD recae tanto sobre su alcance y contenido como sobre las consecuencias que puede acarrear. De esta manera se ha puesto de relieve que las definiciones incorporadas al artículo 4.1.II LCD, tomadas casi en su literalidad del artículo 2 de la Directiva 2005/29/CE («*diligencia profesional*», «*distorción del comportamiento económico del consumidor*»; «*decisión sobre una transacción*») no pueden circunscribirse a un solo artículo de la LCD, sino que deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de *todo el texto legal*. Con otras palabras, estamos ante una cláusula que actúa como norma de cierre del sistema competencial, por lo que en principio esta cláusula no podrá utilizarse para analizar la deslealtad de conductas tipificadas en el capítulo III LCD, al regularse aquí taxativamente una serie de «prácticas comerciales con los consumidores y

usuarios». Es decir, su aplicación deberá hacerse cuando nos encontremos ante prácticas que no estén expresamente tipificadas, ya sea con carácter específico (capítulo III LCD, arts. 21 a 31), ya sea con carácter general (arts. 5, 7 y 8 LCD). La aplicación del artículo 4.1.II LCD a prácticas, conductas o comportamientos ya tipificados, solamente podrá realizarse para reforzar conclusiones obtenidas a través de la aplicación de los preceptos específicos que recogen las conductas previstas en los artículos 5 a 8 y 20 a 31 LCD⁶⁰.

En segundo lugar, por lo que respecta a las consecuencias de su aplicación, se ha estimado que estas pudieran resultar *indeseables*, tanto por entender que se ha llegado a un «desarrollo complicado y reglamentista impropio de lo que debe ser una cláusula general», como por juzgar «que ya queda poco margen para la interpretación», al quedar esta «vinculada a las sucesivas definiciones establecidas en la Directiva 2005/29/CE para expresiones que se van sucediendo y vinculando entre sí»⁶¹. Quepa apuntar, como contrapunto, que las definiciones de la Directiva 2005/29/CE o aquellas otras incorporadas a nuestra LCD, se fundamentan en gran medida en conceptos jurídicos indeterminados, por lo que siempre cabe cierto margen de flexibilidad en la aplicación de la cláusula general de cierre, aunque estemos ante una *lista cerrada* de conductas en las relaciones de empresarios con consumidores.

En todo caso, tras lo apuntado, puede recriminarse al legislador español el hecho de no haber delimitado, con mayor claridad y exactitud, el amplio margen que han pasado a adquirir las prácticas, conductas o comportamientos prohibidos por la Ley en el ámbito de las relaciones con consumidores, ya que la Directiva 2005/29/CE permite un marco jurídico más amplio y claro que el ahora descrito en el artículo 4.1.II LCD. En el calculado eclecticismo de nuestro legislador interno parece plasmarse cierta indefinición y ambigüedad al formular la cláusula general desleal en cuanto «práctica comercial», aun cuando este concepto sea posible extraerlo *a posteriori* por parte del intérprete con base en la prolija redacción del artículo 4.1.II LCD. Esto es algo llamativo porque el concepto de *práctica comercial* es una de las pocas definiciones que nuestro legislador no ha querido transponer aisladamente a la nueva redacción de la LCD, no respetando además la literalidad de la Directiva en una materia central, siendo tal vez una de las más importantes. A nuestro juicio tal definición omitida constituye la pieza maestra para alcanzar la más adecuada interdicción de los «actos de competencia desleal», incluidos los «comportamientos previstos» en el *iter* contractual, con mención explícita y directa de la comunicación comercial, la publicidad y la subsiguiente comercialización publicitaria. Además, a nuestro parecer, tampoco es suficientemente diáfana la mención de la «*publicidad ilícita*» incorporada a la nueva redacción del artículo 1 LCD para todos los actos de competencia desleal, donde se observa, de nuevo, una referencia cruzada a la definición recogida en la LGP pues se remite a ella, y que pudiera desencadenar algunos equívocos evitables en la interpretación del texto⁶².

En síntesis, el concepto de «práctica desleal» incluye cualquier actividad realizada en el ámbito comercial del empresario o profesional que distorsione o pueda distorsionar, de manera significativa o sustancial, el comportamiento del *consumidor medio*, particularmente en lo tocante a la aceptación, contenido o condiciones de la oferta, promoción y publicidad de bienes y servicios. Esta descripción encaja a la perfección con lo recogido al respecto en el artículo 19.2.II TRLGDCU, que, en este caso, sí fue tomada con acierto en su casi literalidad del artículo 2.e) de la Directiva 2005/29/CE. Evidentemente, cabe un amplio margen de interpretación sobre la amplitud que queramos conceder a esta actividad empresarial específica, y, también, sobre el propio alcance de lo que pueda suponer una «distorsión significativa» del comportamiento económico del consumidor en general, donde entendemos que debe darse prioridad absoluta a las relaciones creadas, consolidadas y contrastadas en el mercado a propósito de la contratación privada y regular de bienes o servicios.

Así todo, puede concluirse que ni la actividad del empresario o profesional se ajusta adecuadamente al mero comportamiento o conducta diligente, tal y como señala la Ley 29/2009 (sea o no conforme con las *prácticas honestas de mercado*)⁶³, ni tampoco la *distorsión sustancial* del consumidor, tal y como aparece regulada en el artículo 4.1.II LCD, se acomoda a lo que el legislador comunitario entiende como toma de una «*decisión sobre una transacción*» del consumidor, esto es, como adopción de una decisión en el marco o contexto de una relación contractual. Y esto, al margen de si la merma de voluntad del consumidor contratante, último destinatario del reproche de deslealtad, sobreviene antes, durante o después de la celebración de un contrato afectado por una práctica desleal.

A nuestro juicio, pensamos que hubiera sido muy útil y conveniente una fidedigna traslación y visualización en el texto de la LCD de la finalidad pretendida por la Ley 29/2009, exteriorizada y manifestada sin ambages en su misma Exposición de Motivos. Es decir, que fuera posible constatar con mayor claridad dentro de su articulado una real «*plasmación de la tendencia hacia una expansión del concepto y de los elementos definitorios de los actos de competencia desleal*», en donde pensamos que ha quedado un tanto diluido el concepto esencial y básico de lo que es una «*práctica comercial*». Es evidente que la reforma se hizo con la intención de alcanzar la tutela más efectiva del consumidor y usuario dentro de las normativas de consumo y competencia que intentan armonizarse. Pero no debe olvidarse que es el propio legislador quien advirtió que con esta reforma lo que se pretendía era que la normativa del mercado no quedase «*desintegrada*» o desprovista de efectividad real en el marco competencial. La reforma parece haberse quedado a medio camino tras formular la nueva cláusula general con consumidores en el artículo 4.1.II LCD limitando la *diligencia profesional* del artículo 2.h) Directiva 2005/29/CE a las *prácticas honestas de mercado*. El hecho de no haber incorporado un concepto

suficientemente preciso del control sobre las prácticas comerciales a través del «*principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante*», nos parece que merma el alcance de la tesis de quienes sostienen que con la Ley 29/2009 se ha dado un paso muy relevante hacia la «*generalización de la disciplina de la competencia*». Sin embargo, frente a estos, nos parece más bien haberse dado un paso un tanto dubitativo, timorato e insuficiente en este sentido⁶⁴. A nuestro juicio, debería haber dejado abierto completamente el libre juego al principio de la buena fe contractual, en paridad con las prácticas honestas de mercado.

En último lugar, cabría pensar que la buscada armonización de esta materia en torno a las prácticas con base en la LCD podría haber traído, como efecto reflejo, la supresión de la posibilidad de sancionar esas mismas conductas como infracciones administrativas de consumo, las cuales aparecen ahora tipificadas en una ley estatal de derecho privado tras la nueva redacción de la LCD, pero esto no ha sido así. Precisamente el RDLeg 1/2007 introdujo como novedad que las autoridades competentes en materia de consumo pudieran sancionar el uso de las prácticas comerciales desleales con consumidores y usuarios (arts. 47.3 y 49.1.1) TRLGDCU). Pero lo más llamativo a este respecto es que la autoridad administrativa competente en la materia deberá aplicar, por remisión expresa del artículo 19.2 TRLGDCU, las normas correspondientes de la LCD, esto es, los artículos 4, 5, 7 y 8, que ahora tipifican comportamientos genéricos, que, asimismo, son trasladables a la competencia entre empresarios o profesionales, al igual que ocurre con los artículos 21 a 31 del mismo texto legal, que tipifican prácticas desleales concretas con consumidores y usuarios «en todo caso y en cualquier circunstancia» (capítulo III LCD). Como vemos existe una clara diferenciación entre las *conductas genéricas* tipificadas (cláusula general de deslealtad, actos de engaño, omisiones engañosas o prácticas agresivas) y el resto de *conductas específicas* pensadas para las relaciones singulares con consumidores y usuarios. Pues bien, este procedimiento dual en torno al ilícito civil y administrativo, como se ha señalado, es bastante peligroso en este ámbito por su eventual arbitrariedad, pues es previsible que las autoridades administrativas de consumo carezcan de la preparación técnica que sin embargo sí se presume en jueces o tribunales de la jurisdicción civil para determinar y aplicar adecuadamente todo este articulado, o, cuando menos, la cláusula general del artículo 4.1.II LCD a las relaciones con consumidores.

Indudablemente, desde un punto de vista práctico, parece incuestionable que todo esto supone un reto para los operadores administrativos competentes en la aplicación de un Derecho de consumo que se supone perfeccionado. Por lo que parece muy conveniente, casi podría decirse que de obligado cumplimiento, que las Comunidades Autónomas afectadas examinasen las singulares tipificaciones de prácticas y usos de esta naturaleza recogidas en sus leyes autonómicas de consumo, para comprobar si se ajustan a las pautas ahora recogidas en la Ley

29/2009. De no hacerse así, como es más que probable, podría ocurrir que las eventuales sanciones que se impongan a empresas o profesionales sin haber pasado este control de legalidad podrían ser ineficaces, aunque solo fuera por la aplicación del principio de supremacía del Derecho comunitario⁶⁵.

VI. PRÁCTICAS COMERCIALES, PUBLICIDAD Y DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN. SU AMPLIACIÓN A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS BANCARIOS, FINANCIEROS Y DE INVERSIÓN

Por otro lado la circunstancia de que el legislador trate de separar las prácticas comerciales de las relaciones de naturaleza contractual no debiera conducir a equívocos. En efecto, vemos que el legislador interno, siguiendo al legislador comunitario (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), separa las normas sobre prácticas comerciales de las normas que regulan las relaciones contractuales, remitiéndose el TRLGDCU a las normas generales que regulan el *ámbito de aplicación* de contratos con consumidores (art. 19.2.III, que remite a su vez al art. 59 TRLGDCU)⁶⁶. Ahora bien, entendemos que esto no debe interpretarse como si nos encontrásemos ante una suerte de compartimentos jurídicos estancos, ni mucho menos.

La aplicación de la normativa de competencia, que prohíbe y persigue las prácticas desleales de mercado a propósito de las relaciones con consumidores, no obsta para que pueda analizarse si estas inciden al mismo tiempo en la formación, celebración o interpretación de los contratos con los que indefectiblemente concurren. Y no parece que tampoco importe si la práctica existía «antes, durante o después de una operación comercial o contrato», tal y como describe el texto normativo (art. 19.2.II TRLGDCU), o que se haya celebrado o no el contrato (art. 2.3 LCD; art. 19.2.III TRLGDCU). Esto nos lleva de la mano a la inmersión en la normativa interna de contratos, concretamente a nuestro artículo 19.2.III TRLGDCU⁶⁷, que, a su vez, nos reenvía al artículo 59 TRLGDCU, donde se afirma, como no podía ser de otra manera, que los contratos con consumidores y usuarios se regirán tanto por lo establecido en el TRLGDCU y las leyes especiales, como «por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles» (art. 59.2 TRLGDCU).

En análogo sentido ocurre con los contratos que incorporan cláusulas generales abusivas en tanto que, de manera similar a la apuntada, junto a la cobertura legal del TRLGDCU, se establece que quedarán sometidos a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (art. 59.3 TRLGDCU). Si cualesquiera prácticas anticompetitivas o desleales que rodean a la contratación con consumidores afectan a su contenido y efectos, a nuestro juicio también deberá tenerse en cuenta la normativa de contratos, al menos

en los supuestos en que pueda demostrarse que dichos resultados están «directamente [relacionados] con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial» (art. 19.2.II TRLGDCU)⁶⁸.

Además, la conexión entre ambas legislaciones, competencial y contractual, se viene realizando abiertamente desde hace ya algún tiempo por la vía de los *deberes de información en los contratos*, que han adquirido cada vez más entidad y relevancia interpretativa, en mayor grado dentro de las distintas regulaciones sectoriales del mercado donde la protección del consumidor es más quebradiza y titubeante (servicios bancarios y financieros; salud y seguridad)⁶⁹. Y es que los derechos nacionales, a instancias del derecho comunitario y el derecho europeo de contratos, vienen estableciendo progresivamente una creciente exigibilidad sobre determinadas informaciones relativas al contenido de las transacciones con consumidores, así como de los requisitos que normalmente las acompañan y completan, y que, en este campo, están directamente vinculados con la información suministrada a través de las habituales comunicaciones comerciales («invitaciones a comprar»), la publicidad o la mera praxis comercializadora de bienes y servicios. A modo de anticipo de que está por venir puede observarse cómo el propio articulado del DCFR recoge minuciosamente los deberes precontractuales vinculados a las prácticas comerciales, describiéndolos como una información relevante que se estima *necesaria* para aceptar («tomar una decisión») un contrato o transacción comercial⁷⁰.

Pues bien, aquellas conductas o prácticas del empresario o profesional que contengan información falsa, incorrecta, que induzcan o puedan inducir a error a los destinatarios, o aquellas que omitan u oculten información determinante para la toma de decisiones por el consumidor con pleno conocimiento de causa dentro de una relación obligatoria, quedan, a nuestro juicio, directamente conectadas por ley a las actividades realizadas por tales empresarios o profesionales, y ello por cuanto que la Ley 29/2009 permite determinar fácilmente qué tipo de prácticas comerciales afectan al contenido de la oferta, promoción y publicidad de cualesquiera productos o servicios del mercado. En suma, aunque exista en nuestro país una neta separación entre los cuerpos legislativos que regulan la competencia desleal (LCD) y el derecho contractual básico de consumo (TRLGDCU), las conductas descritas en la LCD como «*actos y omisiones engañosas*» ligados a una errónea, insuficiente o deficiente información (arts. 5 y 7 LCD), pueden y deben engarzarse interpretativamente con los deberes precontractuales de *información* del artículo 60 TRLGDCU. Esto comporta, de facto, la necesaria integración en el contrato de consumo de toda la normativa que establece requisitos informativos, sea a través de las comunicaciones comerciales, de la publicidad o de la mera comercialización de productos o servicios, y que el legislador comunitario califica como «sustancial». Asimismo, el con-

cepto esencial de práctica desleal como conducta preeminentemente *informativa*, ahora puede completarse con la norma de cierre del reiterado artículo 4.1.II LCD, que juega a modo de cláusula general con consumidores. Esto permitirá calificar con mayor precisión, en el estricto ámbito contractual, toda conducta o comportamiento del empresario o profesional que pueda incidir en la capacidad negociadora del consumidor para «adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa» (art. 4.1.II LCD).

En cualquier caso tampoco debe olvidarse que tales «prácticas informativas», sea en formato de comunicaciones o de actos publicitarios de empresarios o profesionales, quíerose o no, siempre podrán adquirir relevancia jurídica en tanto que incidan de una u otra forma en la consumación del contrato, y ello será así «aún cuando no figuren expresamente» en el mismo contrato escrito cuando exista o en el documento o comprobante que lo certifique (art. 61.2 TRLGDCU)⁷¹.

Valga añadir que el legislador comunitario al regular las prácticas desleales en la Directiva 2005/29/CE propone una *armonización plena* en los aspectos de la información de empresarios o profesionales que se consideran «sustanciales», en particular toda aquella concerniente a los requisitos informativos relacionados con las comunicaciones comerciales, la publicidad o la comercialización de productos o servicios, y que como puede comprobarse también aparecía ya inserta de forma troceada en otras muchas directivas a propósito de la regulación de aspectos informativos dentro de muy diversas materias y sectores regulados. La propia Directiva 2005/29/CE aprovecha para recopilar precisamente en su *Anexo II* un elenco clarificador del conjunto de disposiciones comunitarias que recogen cuestiones relativas a la publicidad y las comunicaciones comerciales de empresarios y profesionales sujetas así a un mejor control, a efectos de una eventual responsabilidad civil derivada de su actividad con la clientela.

Pues bien, conviene asimismo recordar que «los Estados miembros podrán *mantener o añadir* requisitos de información relacionada con el *Derecho contractual* y con repercusiones en el ámbito del *Derecho contractual* si así lo autorizan las cláusulas mínimas de los instrumentos del Derecho comunitario vigentes»⁷². Esto es, los Estados pueden introducir requisitos legales de información que les permitan ir «más allá de lo especificado en el Derecho comunitario, sobre la base de cláusulas mínimas»⁷³. Así ocurre, por ejemplo, respecto a la información adicional que pueda imponerse sobre prácticas más exigentes, limitativas o restrictivas, que los legisladores nacionales puedan adoptar en el ámbito de los productos comercializados por servicios financieros o de la contratación específica sobre bienes inmuebles, y cuya regulación separada justifica el legislador comunitario en razón de su complejidad y de la importancia de los riesgos que conllevan ciertas operaciones inherentes a ellas, como pueda ser la evaluación de la solvencia en los préstamos respecto al riesgo para el supuesto de impago.

En España tenemos como ejemplo reciente de este avance regulatorio en la Orden EHA/2899/2011, 28 octubre, de transparencia y protección del cliente minorista de servicios bancarios, o en la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, disposiciones estas que vienen a complementar a la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y sus órdenes de desarrollo⁷⁴. Complementariamente, en estos últimos años, tenemos otra buena muestra de la importancia que va adquiriendo esta información previa en ámbitos diversificados dentro de la propia actividad de los servicios bancarios y financieros a clientes considerados consumidores, como vemos que ocurre con los préstamos hipotecarios a través de intermediarios diferentes a las entidades de crédito (Ley 2/2009); el crédito al consumo (Ley 16/2011), o los servicios de pago (Ley 16/2009).

La finalidad de buena parte de esta legislación específica, que incide netamente en los usos y prácticas en este sector, no es otra que la de mejorar la deficitaria transparencia del funcionamiento del mercado en el ámbito de los servicios bancarios y financieros a consumidores y minoristas, debiendo ser este, mucho más en la actualidad, uno de los objetivos prioritarios de mejora del ordenamiento jurídico privado. La celeridad legislativa es importante, y tal vez por eso se haga preciso huir de la cómoda y excesiva fragmentación en este ámbito de los productos bancarios y financieros, donde tal vez, en ocasiones, se rebasa de forma inadecuada la competencia reguladora de los entes administrativos o los supervisores bancarios y financieros a la hora de emitir órdenes, circulares, guías, memorandos, etc., en materias básicas⁷⁵. Tal vez debería imponerse, en aras de la deseable simplicidad y claridad, una mejora normativa en este sector del ordenamiento jurídico-privado mediante una criba legislativa, lo que parece indispensable para estructurar, armonizar y unificar la protección y seguridad del cliente minorista de productos y servicios bancarios y financieros en un mercado transfronterizo.

Pues bien, completando lo expuesto respecto a la regulación de la contratación de productos y servicios bancarios o financieros⁷⁶ (también sobre bienes inmuebles), conviene recordar que la cláusula de armonización mínima del artículo 3, apartado 9, Directiva 2005/29/CE, permite entender que tanto la Directiva de 2005/29/CE como nuestra Ley de transposición 29/2009, de reforma de la LCD, son aplicables a cualesquiera contratos en los que aparezcan actos de comunicación, publicidad o comercialización de productos bancarios o financieros, ya se trate de responsabilidad derivada de la oferta de productos o servicios bancarios y financieros, ya se trate de bienes de naturaleza inmobiliaria⁷⁷. De esta forma puede afirmarse que la Directiva 2005/29/CE constituye la base de aplicación general de la obligación atinente a los *deberes de información con contratos con consumidores*, en tanto que puede comprometer a cualesquiera prácticas

y conductas del empresario o profesional que reflejen la omisión, de forma deliberada o no, de cualquier información que pueda considerarse necesaria, o que de tales prácticas pueda colegirse una información falsa o deficiente de sus productos, de manera que induzcan o puedan inducir a error a sus destinatarios. De ahí que el legislador regule cada vez más meticulosamente y con mayor precisión determinados aspectos informativos de tales productos bancarios, financieros o de inversión, continuando así con la vía abierta por la normativa específica comunitaria anterior a la propia Directiva 2005/29/CE, como es la que regula la comercialización a distancia de los servicios financieros (Directiva 2002/65/CE), la relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva 2004/39/CE, en revisión), o aquella otra que ha venido a mejorar la legislación interna ya vigente, como ha ocurrido con la normativa sobre servicios de pago o sobre contratos de crédito al consumo (Directivas 2007/64/CE y 2008/48/CE). Hay, además, normativa importante en preparación sobre algunos aspectos de información financiera, como refleja la avanzada *Propuesta de Reglamento europeo sobre productos de inversión*⁷⁸. Pues bien, toda esta proyectada regulación específica, detallada y más exigente, pasa a desempeñar la función de *lex specialis* respecto a las prácticas y exigencias informativas reguladas con carácter general en la Directiva 2005/29/CE y en la Ley 29/2009 de transposición (art. 3.4 Directiva 2005/29/CE)⁷⁹.

En suma, no queda duda, a nuestro juicio al menos, de que cualesquiera prácticas comerciales del sector bancario y financiero entran en el ámbito de aplicación de la Ley 29/2009. En tanto que afectan a usos o prácticas de cualquier servicio financiero (crédito, seguros, pensiones, inversión o pago, incluyendo la comercialización a distancia) puede afirmarse que quedan incluidos en la Directiva 2005/29/CE. De este modo, la propia Comisión Europea ha señalado como ejemplo de prácticas comerciales desleales las *comisiones bancarias que reúnan cualquier opacidad* y cualquier tipo de *información precontractual que sea insuficiente o ininteligible al fin pretendido o buscado*, y esto por cuanto que, de facto, se entiende que impiden al cliente consumidor comparar con otras ofertas existentes en el mercado. En muchos casos tales prácticas pueden llegar a calificarse como *engañosas*, no siendo necesario que se trate ni mucho menos de una información propiamente falsa, pues tan solo será suficiente con que puedan inducir a error en la contratación que las ampara, ya sea respecto a eventuales resultados o beneficios esperados o ya sea respecto a los riesgos inherentes a un determinado producto financiero. Conviene advertir que, en muchos casos, tampoco será suficiente para exonerarse de responsabilidad con probar que la información emitida por las entidades sea objetivamente correcta, pues en la mayoría de las situaciones será exigible que tal información se haya presentado de tal manera que impida inducir a error alguno al destinatario final⁸⁰.

Pues bien, esta «*información sustancial*» que empresarios y profesionales trasladan al cliente consumidor en sus relaciones contractuales o transacciones,

tal y como recoge la Ley 29/2009, nos permite especificar de manera pormenorizada lo siguiente:

a) Con carácter general, respecto al elenco de *comunicaciones comerciales, la publicidad o comercialización de empresarios o profesionales*, puede decirse que comprenderá esencialmente todas aquellas prácticas y requisitos de información enunciados en el *Anexo II de la Directiva 2005/29/CE*, que afecten sustantivamente a la información en las relaciones contractuales de viajes combinados, precios de los productos, comercio electrónico, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros, seguro de vida y mediación de seguros, supuestos la mayoría de ellos ya transpuestos a nuestro ordenamiento, aun cuando algunos están pendientes de actualización y reforma.

b) Con carácter particular, en lo atinente a la *oferta o «invitación a comprar»*, puede afirmarse que comprenderá esencialmente cualesquiera prácticas que incidan en la información básica que recaiga sobre las características principales del producto contratado, la identidad del comerciante que comercializa, el precio y gastos complementarios, el pago y entrega si hay que realizarla, así como la información de la existencia o no del derecho de desistimiento. Concretamente, la previsión informativa «sustancial» de la oferta del artículo 7.4 Directiva 2005/29/CE se ha transpuesto al artículo 20 TRLGDCU bajo el epígrafe «información necesaria en la oferta comercial de bienes o servicios». Pues bien, el incumplimiento de estas obligaciones informativas está sancionado «en todo caso» como práctica engañosa en nuestro país⁸¹, lo cual no obsta a nuestro juicio para que, paralelamente, se inste la invalidez de las cláusulas y prácticas contractuales que adolezcan de la información básica requerida conforme a los artículos 60 y 61.2 TRLGDCU dentro de una determinada comunicación comercial, publicidad o comercialización de un bien o servicio. Es interesante observar cómo todas las previsiones informativas, transpuestas por Ley 29/2009 en el ámbito competencial con consumidores, se complementan con las desarrolladas en el ámbito específico de los deberes precontractuales de información, las cuales, a partir del RDLeg 1/2007, aparecen descritas como «obligaciones relevantes de información» para el empresario. Esta parece una vía expedita para que puedan exigirse por los consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el texto legal, y para que necesariamente sean tenidas en cuenta dentro de una eventual integración de cualesquiera contratos con consumidores y usuarios (arts. 60.2, 61.2 y 65 TRLGDCU).

Debe recordarse que el concepto de práctica engañosa, en aquellas ofertas contractuales que adolezcan de la información *necesaria* señalada por ley para empresarios o profesionales, exige completarse con lo indicado en el artículo 5 LCD, al calificarse como engañosa toda *información falsa o que induzca o pueda inducir a error al consumidor* sobre una serie de aspectos ahí descritos, que, en gran medida, son coincidentes con el contenido de la información específica reseñada en el artículo 20.1 TRLGDCU⁸². De modo análogo, puede argumentarse

lo mismo respecto a las conductas tipificadas en el artículo 7 LCD, que califica como práctica engañosa la *omisión u ocultación al consumidor de la información que se estima necesaria para aceptar con debido conocimiento de causa una transacción*, o bien la que resulte de una información *oscura, ininteligible, ambigua o no se dé a conocer al destinatario en el momento adecuado para decidir*. En último lugar, en cuanto a la incidencia que las prácticas agresivas puedan tener en los contratos (art. 8 LCD), parece claro que el uso de la fuerza, la coacción o una influencia indebida, que distorsiona la libertad de elección sobre el bien o servicio ofertado, legitima la invocación y aplicación complementaria de la normativa general sobre vicios contractuales, en clara similitud con la tipicidad de la intimidación contractual de los artículos 1265 y siguientes del Código Civil, o, si se quiere, con el contenido del artículo 59 TRLGDCU⁸³.

A este respecto, es muy interesante observar el contenido de la Propuesta de Modernización del Código Civil (PMCC) de 2009. Es cierto que no se contiene en esta una regla general sobre la forma en que puede incorporarse al contrato de la información ofrecida por un profesional, proveedor de bienes o servicios, o a través de las declaraciones públicas de otro contratante⁸⁴. Sin embargo, al referirse al contenido de los contratos, la PMCC incluye un precepto específico sobre la incorporación al contrato de la publicidad o de eventuales actividades vinculadas a la promoción o comercialización de productos o servicios realizados por un profesional. En efecto, su importante artículo 1276 PMCC determina que «quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas *por un profesional* en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que se pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta». Esta pretensión se refuerza aún más en su operatividad jurídica al afirmar, a continuación, que «no impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de *un tercero*, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, este no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un *producto*, que, según el contrato celebrado, se encuentre en *la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos*». Nótese que hasta se utiliza el término «producto» insertado dentro de una cadena comercial o de producción.

VII. PRÁCTICAS COMERCIALES ABUSIVAS Y «PRÁCTICAS NO CONSENTIDAS EXPRESAMENTE»

1. LA INTERCONEXIÓN ENTRE CLÁUSULAS Y PRÁCTICAS ABUSIVAS

Las «prácticas no consentidas expresamente» marchan indefectiblemente unidas a lo que nuestro legislador de 2006, por vez primera, denominó «obstácu-

los onerosos o desproporcionados», «obstáculos no contractuales», «prácticas obstruccionistas o lesivas» en el ejercicio de derechos reconocidos en contratos con minoristas, consumidores y usuarios⁸⁵. Con el sintagma «prácticas no consentidas expresamente» el legislador interno parece que pretendió cohonestar la introducción de una serie de prácticas en la esfera jurídica propia de las cláusulas abusivas, al margen de los problemas de toda índole que esto pudiera plantear. Es decir, se buscaba un maridaje a toda costa de las «prácticas no consentidas expresamente» con las cláusulas abusivas, y esto dentro del ámbito del TRLGDCU a propósito de la regulación de las cláusulas y prácticas abusivas en los contratos. Pues bien, ¿puede afirmarse que con esto se ha puesto la base para una eventual equiparación en el tratamiento jurídico de cláusulas y prácticas abusivas por parte de jueces y tribunales?

Conviene subrayar que la entrada de la publicidad y comercialización de bienes y servicios en la nueva redacción de la LCD respecto a clientes minoristas o consumidores tiene un mayor alcance del que pudiera parecer a primera vista. Porque, ¿acaso la *publicidad ilícita* de un empresario o profesional que *distorsione* de manera significativa el comportamiento económico del *consumidor medio*, impidiéndole adoptar una decisión contractual con pleno conocimiento de causa, no interfiere de facto en la validez del contrato realizado o, si acaso, en la validez de alguna de sus cláusulas? ¿Qué ocurrirá si se demuestra que tales prácticas inciden directamente en cualesquiera cláusulas del contrato por aportar una información oscura, ininteligible, ambigua o insuficiente, favoreciéndose así, al menos implícitamente, la posición del contratante proponente? ¿Acaso esta vía no amplía el mecanismo, con mayor facilidad que hasta ahora, para interpretar aquellas cláusulas que taimadamente encubren prácticas abusivas o desleales más o menos reiteradas? Así todo, al margen del recurso a la interpretación *contra proferentem*, la nueva redacción de la LCD parece que viene a reforzar notablemente las consecuencias derivadas del uso y buena fe conforme a la naturaleza de cada contrato, según el artículo 1258 del Código Civil⁸⁶.

Encaja lo antedicho con lo que puede denominarse una «interpretación *constructiva* del contrato», con fundamento en el artículo 1258 del Código Civil, donde los usos y prácticas comerciales acordes con la naturaleza del contrato y la buena fe son herramientas que, al menos por el momento, permiten conectar tales usos y prácticas con lo que la doctrina denomina *cláusulas implícitas* del contrato⁸⁷. Puede comprobarse, significativamente, como la Ley 29/2009 ha introducido de golpe toda la *publicidad ilícita* en la categoría de la competencia desleal (art. 1 LCD), esto es, no solo la *publicidad engañosa o agresiva*, en los términos tan amplios con que aparece en la nueva redacción de la LCD, sino también toda aquella que infrinja lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios, así como la publicidad subliminal, la que abuse de la inexperiencia o credulidad de los menores, o, en fin, toda aquella que atente contra la dignidad de la persona (art. 3 LGP).

Nada impide, en suma, reconocer abierta y diáfana­mente el *nuevo papel* de usos y prácticas comerciales en la contratación dentro de nuestro ordenamiento jurídico privado, más allá de las limitaciones o deficiencias de la actual redacción del artículo 1.3 del Código Civil. Y es que parece que ya no es necesario tener que recurrir a la *costumbre* para argumentar, de manera directa y clara, el peso y fundamento de la consideración de los usos o prácticas habituales en la contratación. Se dirá que esto es posible hacerlo ahora con la ayuda complementaria de los artículos 1258 y 1287 del Código Civil. Pero cabe señalar que su operatividad ha estado bastante mermada en la práctica por el fuerte lastre histórico de nuestra costumbre, por estar tan ligada a la idea a ella inherente de la *opinio iuris*. Así todo, llama la atención el esfuerzo dogmático de algún sector doctrinal que ha buscado ensamblar, a toda costa, los «usos» cuanto tales dentro de la categoría de la costumbre, ya se trate de usos generales o usos de comercio, para así presentarlos trasmutados del *significado* propio que pretenderse atribuirse a la «costumbre mercantil»⁸⁸. Pero pensamos que hoy en día, desde un punto de vista práctico, la misma realidad parece haber sobrepasado a las categorías tradicionales, al menos tal y como se han venido encasillando y sedimentando históricamente dentro del propio sistema de fuentes del derecho.

Pues bien, parece adecuado al fin de este estudio, establecer una estrecha conexión entre el clausulado contractual y las prácticas abusivas, a semejanza de la que puede realizarse entre «cláusula abusiva» y «práctica no consentida expresamente», tal y como esta aparece descrita en el artículo 82.1 TRLGDCU⁸⁹. Entendemos que en ningún caso la interpretación abusiva de una cláusula contractual podrá expandirse, sin más, a cualquier uso o práctica comercial utilizados dentro de contrato particular, y ello por tratarse, *a priori*, de ámbitos separados y distintos: el de una serie de comportamientos o conductas más o menos reiteradas y el de las normas jurídicas en cuanto tales.

Es cierto que, de partida, puede establecerse sin problema que prácticas y cláusulas *parecen* ámbitos comunicables entre sí. En efecto, una práctica no incorporada en forma de cláusula no parece que pueda ser objeto de un particular juicio de validez o nulidad jurídicas, si acaso de una medida administrativa de cesación cuando se trate de una conducta tipificada y sancionada por una ley administrativa⁹⁰. No obstante, sentado esto, puede añadirse que, junto a la mera cesación de una conducta impropia por parte de un empresario o profesional, la propia ley vigente determina otros muchos efectos singulares que sobrepasan la mera imposición de una mera conducta cesante, y que van desde la interposición de una acción declarativa de deslealtad, el resarcimiento de daños y perjuicios, la interdicción del enriquecimiento injusto causado por tal conducta o comportamiento desleal, o la remoción de los efectos antijurídicos producidos, sin olvidarnos del ejercicio de una eventual acción de rectificación de eventuales informaciones engañosas, incorrectas o falsas que traigan causa del empleo de tales usos o prácticas, y que pudieran obligar a publicar total o parcialmente la sentencia dictada⁹¹.

Por otro lado, en efecto, aun cuando «la declaración de nulidad de la cláusula que deba *soportar* una práctica prohibida no conlleva ni presupone la cesación de dicha práctica, que no puede ser objeto de declaración judicial de nulidad», sin embargo pensamos que sí es posible atemperar el juicio de los que sostienen que las prácticas en cuanto tales no se conjugan bien con el mecanismo del «proceso de integración contractual», aun dando por supuesto que «*la cesación* de una práctica prohibida puede hacerse por un *procedimiento* que no condicione ni preconstituya la validez de la cláusula contractual que la soporta»⁹². Y es que, reconociendo la existencia de la dualidad de procedimientos a este respecto (civil, administrativo), a nuestro juicio no hay obstáculo para que en los supuestos arriba mencionados las prácticas pasen a formar parte del proceso de integración contractual, antes bien al contrario, y esto puede sostenerse con independencia de que tales prácticas incidan, en mayor o menor grado, en unas u otras cláusulas del contrato del que formen parte, o de que su cesación o nulidad se inste por el procedimiento que las partes en litigio estimen más adecuado a sus intereses.

Por todo ello consideramos que la premisa de una *incomunicación interpretativa* entre un clausulado prerredactado imperativamente sujeto a una normativa y las prácticas o usos que las precedan o acompañen, tan solo podrá darse en tanto nos estemos refiriendo a las prácticas entendidas estrictamente como actos o «conductas» *gremiales o corporativas*, es decir, dentro de un análisis global e indefinido referido a conductas de empresarios o profesionales que actúen al amparo de determinadas prácticas comerciales en un sector determinado, y que pudieran ser abusivas o desleales con carácter general e indeterminado. Pensamos que no podrá justificarse tal *incomunicación* cuando alcance a probarse que una determinada práctica comercial o un uso específico han llegado a formar parte de la propia *aceptación* de un contrato o de toda una serie de contratos en serie claramente separables y aislados entre sí. En este sentido, en efecto, estamos refiriéndonos a la natural *comunicación interpretativa* entre cláusulas y prácticas comerciales en la fase inmediata que precede a la conclusión del contrato, y donde indefectiblemente los usos y prácticas operan como «circunstancias concurrentes» a tener siempre en cuenta en la validez y eficacia del contrato, conforme al artículo 82.3 TRLGDCU.

En suma, observamos que junto a la *cesación de conductas* inherente a una prohibición por deslealtad, la misma ley también fija efectos singulares que van mucho más allá de una mera cesación por conducta desleal. Pero es que, además, el ejercicio de tales reclamaciones judiciales contra prácticas comerciales específicas podrá realizarse en la jurisdicción mercantil, y esto en tanto «los intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por tales conductas desleales» (art. 33.1 LCD). Hoy por hoy tales reclamaciones basadas en un incumplimiento de estricto carácter contractual de las que se deriven intereses particulares, deberán realizarse en la jurisdicción civil común. Ahora

bien, ¿puede hablarse de que existe realmente una incomunicación infranqueable de legislaciones, por el hecho de que las acciones de los artículos 32 y 33 LCD se sustancien ante la jurisdicción mercantil? A nuestro juicio nada obsta para que determinadas prácticas comerciales de los empresarios o profesionales que puedan afectar a «la validez, la formación o el efecto de los contratos» con consumidores (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE) puedan reclamarse en la vía judicial ordinaria. Bastaría, por ejemplo, con que tales prácticas tergiversen o distorsionen la aplicación o interpretación de cualesquiera cláusulas predispuestas por el empresario o profesional a su favor.

Pues bien, en último término, debemos contar con el problema añadido de que la propia LCD no ha definido expresamente lo que se entiende por «práctica comercial» a secas, esto es, un concepto que recoja la amplia gama de conductas con las que el legislador comunitario trata de supervisar y controlar los comportamientos del empresario o profesional en su relación con el consumidor, bajo el estricto parámetro de la lícita finalidad concurrencial objetiva, transpuesta ahora en el artículo 2 LCD⁹³. Nuestro legislador interno se ha limitado únicamente a describir lo que entiende por «comportamiento desleal», equiparándolo con la conducta contraria a la diligencia profesional exigible⁹⁴. Con todo, puede darse como algo evidente que una práctica desleal se diga que es *comercial* por la mera circunstancia de que, naturalmente, se presume que trata de alcanzar la realización directa de una «operación comercial o contrato». Sin embargo, no toda práctica desleal acontece únicamente en el estrecho ámbito de los empresarios o comerciantes, debiendo destacar que la LCD ahora es aplicable tanto a estos como a «cualesquiera otras personas físicas o jurídicas» (art. 3.1 LCD), dando así entrada el legislador de forma explícita a los «profesionales», por lo que no podrá supeditarse la aplicación de toda la normativa competencial «a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal» entre empresarios (art. 3.2 LCD).

Por otra parte se hace necesario tener en cuenta el cambio de orientación que ha supuesto el reformado artículo 2.3 LCD, al atribuir a los *actos preparatorios del contrato* una mayor trascendencia de la que hasta ahora tenían, al incluirse expresamente dentro del objeto de aplicación de la LCD: la ley se aplica a los actos realizados «antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que este llegue a celebrarse o no» (art. 2.3 LCD). Esto, unido a la incorporación e integración en el texto legal del conjunto de relaciones con consumidores y usuarios, permite aventurar que su aplicación e interpretación tenderá a ser tendencialmente expansiva, que es lo que nos permite hablar de la estrecha conexión de la LCD con el TRLGDCU o la LOCM, pues no olvidemos que el hilo conductor del cambio llevado a término por la Ley 29/2009 parte de la idea de integrar «de manera coherente» la legislación protectora de los consumidores dentro de la regulación general del mercado de bienes y servicios⁹⁵.

Así todo, a pesar de la ausencia de una definición de práctica comercial en la LCD, vemos, sin embargo, que el concepto de práctica comercial de la Directiva 2005/29/CE se ha transpuesto curiosamente en su literalidad al artículo 19.2.II TRLGDCU. Esto no debe sorprendernos, ya que por mor de la integración y generalización buscada por esta normativa, parece sustancial que las prácticas comerciales se sometan tanto al TRLGDCU, como a la LCD, o, en su caso, a la LOCM (art. 19.2.I TRLGDCU). Estas leyes tienen ámbitos y finalidades diversas, por lo que el intérprete deberá hacer el esfuerzo de aunar criterios en esta materia. Se evidencian de nuevo referencias cruzadas entre diferentes textos legales, y que aun teniendo cometidos bien distintos deben complementarse en muchos aspectos. Precisamente por eso pensamos que no hubiera sido superfluo o reiterativo, antes al contrario, la inclusión de un concepto claro y explícito de la «práctica comercial» en la propia LCD, estableciendo desde la perspectiva competencial la *necesaria conexión* de esta con el TRLGDCU y la LOCM, a efectos de una mejor y más ágil aplicación integradora, que es el propósito confesado del legislador interno con la transposición de la Directiva 2005/29/CE. El haberlo hecho desde el TRLGDCU, siendo teóricamente operativo en idéntico grado, se presta posiblemente a serias disfunciones en la aplicación de la normativa de la LCD.

Con la transposición de la Directiva 2005/29/CE tales prácticas necesariamente deberán interpretarse en el sentido específico que les otorga la Ley 29/2009, de 30 de diciembre. Pensamos que existe un doble aspecto con que el operador jurídico debe analizar las *prácticas comerciales* de los empresarios en sus relaciones con los consumidores. Primero, tener en cuenta la nueva tipificación de las prácticas realizada en el capítulo III de la LCD en sus artículos 21 a 31, y, segundo, su aplicación expansiva conforme a los artículos 5, 7 y 8 LCD, particularmente relevante por lo que respecta a las prácticas vinculadas a una *inexistente, tergiversada o errónea información* de la oferta contractual, aplicando la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1.II LCD en el sentido expuesto más arriba. Además, la dicción literal del artículo 19.2.II TRLGDCU es muy importante por cuanto recoge *íntegramente* la noción de «prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios» que incluye «*todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de un bien o servicio a los consumidores y usuarios, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial*». No obstante, por las limitaciones de la LCD y las dificultades interpretativas que comporta, no está de más volver a insistir en la oportunidad desaprovechada por el legislador al no haber trasladado este concepto, extraído casi literalmente del artículo 2.d) de la Directiva 2005/29/CE, a la misma LCD dentro de su medular artículo 4.

En efecto, para una correcta valoración del *incumplimiento de los deberes de información* que afectan *directamente* a la *promoción* (actos u omisiones, conductas o comunicaciones comerciales), *venta* o *publicidad* de bienes o servicios por parte de los empresarios, el legislador determina expresamente que, también, habrá de tenerse en cuenta «lo dispuesto» a este respecto en todo el amplio catálogo de normas que regulan las prácticas comerciales⁹⁶. Así todo, esta redacción, al igual que lo apuntado más arriba es también un tanto confusa, al no existir una normativa específica que regule las prácticas comerciales en todos y cada uno de esos sectores, por lo que parece trascendental el uso que pueda hacerse de la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1.II LCD, aplicable a cualesquiera prácticas de las empresas en sus relaciones con consumidores y usuarios.

Podemos concluir afirmando que los aspectos concurrenciales de la LCD pueden también considerarse subsumidos en la protección del consumidor, pues se parte de la novedosa premisa de que «las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores *de la misma manera* que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo». Competencia y contratos privados pueden coincidir como anverso y reverso de una misma realidad bifronte e inseparable. La aplicación de la normativa de la competencia en las relaciones con los clientes minoristas o los consumidores no debe impedir analizar, al mismo tiempo, la incidencia de estas en la formación, celebración e interpretación de los contratos con los que indefectiblemente concurren.

2. LA FINALIDAD DEL LEGISLADOR Y EL CONTROL DE ABUSIVIDAD

Siendo coincidente, al menos con parte de la argumentación expuesta, parece oportuno hacer un análisis sobre cuál fue la previsión inicial del legislador en torno a la *información precontractual* en su sentido más omnicompreensivo, donde incluye la *publicidad* y *comercialización* de bienes y servicios, para explicar a continuación cuál puede ser el alcance interpretativo de estas prácticas que inciden en los aspectos informativos, publicitarios y de comunicación de empresarios y profesionales en su actividad contractual.

Como apuntamos, con el ambiguo sintagma «prácticas no consentidas expresamente» el legislador interno parece pretender coonestar la introducción de las prácticas en el ámbito de las cláusulas abusivas. Es decir, busca la incorporación de las «*prácticas no consentidas expresamente*» en estrecho maridaje con las *cláusulas abusivas en los contratos* en el ámbito del TRLGDCU que las regula. Pues bien, ¿se trata con esto de fundamentar una posible equiparación en el tratamiento jurídico por jueces y tribunales de cláusulas y prácticas abusivas en la contratación?

La inclusión del término «prácticas» en el artículo 82.1 TRLGDCU se hizo de manera intempestiva en 2006, es decir, solo *en previsión* de lo que sería la futura transposición de la Directiva 2005/29/CE de prácticas desleales a nuestro ordenamiento, donde se incorporó formalmente en 2009 la completa descripción de «práctica comercial» en el sentido lato del artículo 2.d) Directiva 2005/29/CE: «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y *directamente* relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un *producto* a los consumidores», entendiéndose por «producto» tanto los bienes como los servicios ofertados por el oferente (art. 2.c) y d) Directiva 2005/29/CE). Puede comprobarse cómo el vocablo «prácticas no consentidas expresamente» tiene un engarce lógico y coherente con la propia definición tomada de la Directiva 2005/29/CE, tal y como expone la misma Ley 44/2006⁹⁷.

En efecto, en el trabajo previo a la aprobación del artículo 82 TRLGDCU, fue importante la tarea del Consejo de Estado al dar su aprobación a ese vocablo, que finalmente sustituyó al que figuraba en el anteproyecto, donde se las describía como simples «*prácticas contractuales*»⁹⁸. Aun cuando la CGC calificó las «prácticas no consentidas» como confusa y contradictoria, el Consejo de Estado arguyó en su apoyo la «finalidad estimable» a la que servían, también confesada por los mismos redactores del anteproyecto de Ley, es decir, el propósito deliberado de que el operador pudiera alcanzar una *equiparación e idéntico alcance entre el tratamiento jurídico de las cláusulas abusivas con las prácticas*, es decir, «posibilitar su prevención mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales», y así poder obtener su «represión por medio de la sanción». De este modo el Consejo de Estado corrigió la redacción original al objeto de alcanzar una mejor articulación jurídica, para evitar, utilizando sus propias palabras, que la «misma inactividad del consumidor acabe vinculándole» contractualmente en contra de sus propios intereses económicos, lo que iría en contra del principio de la buena fe o de la interpretación *contra proferentem*. Con todo, una vez realizada esta corrección técnica, la reforma legal nos parece excesivamente pacata y escueta una vez evidenciada la equiparación en el tratamiento de las práctica no consentidas y las cláusula abusivas. No obstante, lo más claro es que con esto el legislador pretende facilitar un real y efectivo «*reequilibrio* contractual», corrigiendo todas aquellas distorsiones que, de hecho, favorezcan unilateralmente a empresarios o profesionales predisponentes, que fácilmente abusan de una posición basada en prácticas o usos distorsionadores del equilibrio exigible y necesario.

La segunda premisa a tener en cuenta es que tales «prácticas no consentidas expresamente» marchan indefectiblemente unidas a lo que el legislador denomina, de manera versátil, «*obstáculos onerosos o desproporcionados*», «*obstáculos no contractuales*», «*prácticas obstruccionistas*» o «*prácticas lesivas*» en el ejercicio de los derechos reconocidos a consumidores y usuarios. Sin embargo,

estas locuciones no son ni mucho menos originales de nuestro legislador, pues ya aparecen en la Directiva 2005/29/CE⁹⁹. No obstante, con ellas el legislador interno parece justificar la finalidad práctica perseguida y reconocida por él mismo al amparo de las lógicas exigencias de una correcta articulación legal¹⁰⁰. Así pues, la finalidad que se propone el legislador es *equiparar* el tratamiento otorgado a las cláusulas abusivas del contrato con prácticas o usos asimilados, que, sin aparecer nunca reflejados en documento o estipulación contractual alguna, puedan ocasionar un *idéntico efecto* de desequilibrio contractual. Tales prácticas, en tanto se permita probar que distorsionan el equilibrio básico del sinalagma obligatorio, podrá deducirse que son contrarias a la buena fe objetiva. Al menos así parece sostenerlo taimadamente nuestro legislador cuando afirma que lo que pretende es alcanzar «*idénticos efectos para los usuarios*», esto es, los mismos que los que derivan de la invalidez o nulidad de cláusulas abusivas no negociadas¹⁰¹.

En fin, con lo afirmado parece posibilitarse un más fácil ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, o, en su caso, una más rápida aplicación de las medidas administrativas sancionadoras que expulsen del mercado las prácticas no consentidas o meramente abusivas. En suma, tales «prácticas» merecen idéntica reprobación jurídica que las cláusulas abusivas, aunque solo fuera por el simple hecho de tratarse de trabas u obstáculos *impuestos* unilateralmente por el empresario *sin consentimiento* del consumidor, en tanto que afectan al contenido básico de la relación obligatoria del contrato. Es interesante también observar la localización de las locuciones antedichas (*obstáculos; prácticas*) en la parte dispositiva del articulado, cuando el legislador se refiere expresamente a los contratos de suministro de bienes o de prestación de servicios de *tracto sucesivo* (arts. 62.3 y 87.6 TRLGDCU), sin que con ello se pretenda ir más allá de lo apuntado, es decir, que lo más habitual será que tales usos o prácticas se presenten en estos supuestos en el ámbito de relaciones contractuales periódicas y de tracto sucesivo en el tiempo con clientes minoristas y consumidores¹⁰².

Por todo lo apuntado parece que el concepto tan amplio de «prácticas» de la TRLGDCU, aun siendo *indeterminado*, debe interpretarse siempre por referencia a *cada contrato singular*, esto es, una práctica podrá considerarse *abusiva* en tanto que pueda probarse su neta incidencia en la esencia de cada contrato. Lo habitual será, pues, que tras el silencio en la celebración del contrato, sin referencia alguna a usos o prácticas anteriores, el predisponente se permita *exigir o imponer* al consumidor un determinado comportamiento que no se ajuste o corresponda con el exigible equilibrio de las partes más o menos explicitado dentro de cada contrato. Pues bien, la prueba de abusividad de tal conducta o práctica podrá deducirse porque, en el caso de su traslación hipotética al contrato particular de que se trate, esta pudiera calificarse, análogamente, por traslación, como cláusula abusiva. En concreto, para llegar a esta calificación parece imprescindible comprobar, caso por caso, si es posible

estimar como «razonable» que el consumidor o cliente minorista aceptase esa determinada práctica impuesta por el empresario o profesional en el marco de una hipotética negociación individual de la misma, partiendo del presupuesto de un trato leal y equitativo con el consumidor en los términos expuestos al comienzo de este estudio, siempre acorde con la buena fe¹⁰³. La *modificación o interpretación unilateral del contrato* por parte del predisponente, en perjuicio de los intereses del consumidor o usuario, permitirá concluir, con mayor o menor dificultad, que existe una total o parcial *abusividad* de una determinada práctica no consentida expresamente, lo que, por añadidura, podrá corroborarse en tanto existan indicios o elementos de juicio complementarios que permitan concluir que se ha transgredido o trastocado la consabida indisponibilidad del contenido del contrato con ruptura o desequilibrio en favor de una de las partes (art. 1256 CC; art. 85.3 TRLGDCU)¹⁰⁴.

En estos casos, parece que la falta de consentimiento sobre las prácticas del artículo 82.1 TRLGDCU puede realmente equipararse al desconocimiento del consumidor o usuario sobre el alcance de un acto, conducta o comportamiento determinado, lo que desde la Ley 29/2009 es todavía más relevante, al ampliarse su alcance jurídico al valor que pueda tomar una mera comunicación comercial realizada por cualquier medio adecuado, sea a través de la publicidad o de la comercialización, y que la propia ley vincula con cualquier promoción, venta o suministro de bienes o servicios a consumidores y usuarios, «con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial» (art. 19.2.II TRLGDCU). Parte del problema, una vez más, podría provenir de que la amplia definición de práctica comercial del texto comunitario no se incorporó a la nueva redacción de la LCD, y la reserva legal que en este punto hace el TRLGDCU («a estos efectos», esto es, la protección de los legítimos intereses sociales y económicos de consumidores), carece de lógica y sentido, pues la finalidad del TRLGDCU es la misma que la LCD, y como buena muestra de ello vemos como se remite íntegramente a ella en su artículo 19.2.I TRLGDCU.

Hemos analizado la práctica abusiva como cualquier *práctica impuesta* que permite vaciar o trastocar la regla del *justo equilibrio contractual entre las partes*. Pues bien, a nuestro juicio, en razón de ser posiblemente la forma más común de presentarse, adquieren especial relieve tales prácticas en aquellos supuestos en que la abusividad venga originada por razón de *ausencia o falta de la información relevante*, máxime si se trata de la información que ha sido legalmente calificada como «relevante», «necesaria» o de carácter preceptivo, esto es, una información a la que el consumidor tiene derecho por estar obligado a facilitarla el predisponente por ley y que este debiera correr con la carga probatoria que la ha comunicado a sus destinatarios o clientes finales. Esta idea ha sido reforzada merced al artículo 61 TRLGDCU, que delimita toda una serie de informaciones que se sobreentienden como sustanciales, e inspiradas en la Directiva 2005/29/CE. Con ello se ha venido a fortalecer el deber genérico de

información a favor del contratante con apoyo complementario en los artículos 1097, 1258 y 1486.II del Código Civil, delimitando razonablemente las condiciones en las que debe cumplirse las obligaciones. Además, la integración contractual conforme al principio de la buena fe objetiva de los artículos 65 y 83.2 TRLGDCU, al referirse expresamente a la «omisión de información precontractual relevante», servirá de apoyo ineludible para una correcta integración del contrato en este punto fundamental¹⁰⁵.

Admitida la evolución legal hasta la transposición de la Directiva 2005/29/CE, esta parece haber quedado un tanto devaluada, al menos en lo referido a la virtualidad jurídica general que adquieren usos y prácticas, tal vez por una excesiva focalización teórica en torno a si la entrada de tales «prácticas no consentidas» junto con las cláusulas contractuales debe entenderse en el *plano del cumplimiento* o en el de la *validez contractual*, o por la idea de conocer con exactitud si el punto de mira del legislador reside realmente en la fase de negociación o en la de ejecución del contrato¹⁰⁶. A nuestro juicio, por encima de todo esto, la clave está en una correcta aplicación del principio de la *buena fe objetiva*, sobre todo en lo que concierne a la gran mayoría de las prácticas engañosas que suelen ampararse precisamente en la «omisión de información precontractual relevante» (art. 65 TRLGDCU), lo cual es preciso tener siempre muy en cuenta al evaluar conductas o comportamientos del empresario o profesional en la promoción, venta o suministro de bienes o servicios a consumidores y usuarios o, en su caso, clientes minoristas (art. 19.2.II TRLGDCU)¹⁰⁷.

Paralelamente a las prácticas y usos, entendemos que para proceder a un enjuiciamiento civil de validez o nulidad del contrato o de una de sus cláusulas mediante el mecanismo de la integración, no será imprescindible que la práctica comercial aparezca bajo la cobertura de una cláusula que carezca, por ejemplo, de la información exigida o aconsejada por ley para ese supuesto u otros análogos. A nuestro juicio será suficiente, por ejemplo, con que la información de la cláusula aun siendo veraz, su oscuridad o ambigüedad permita inducir, o induzca de hecho, a error a su destinatario (arts. 5 y 7 LCD). De este modo puede afirmarse que nada impedirá que, en bastantes supuestos, al amparo del juego de las disposiciones del TRLGDCU y de la nueva redacción de buena parte del articulado de la LCD, se le permita concluir más fácilmente al operador jurídico que una determinada práctica comercial desleal está *directamente* relacionada con la promoción, venta o suministro de bienes o servicios con el consumidor, *antes* o *durante* el contrato celebrado con él, para, de este modo, actuar en consecuencia (art. 19.2.II TRLGDCU). Nos situamos así, lógicamente, en línea con la doctrina que, fundadamente, defiende a ultranza el alcance *preceptivo u obligatorio* de los artículos 1258 del Código Civil y 61 TRLGDCU, en neta conexión con la funcionalidad efectiva que viene adquiriendo en la jurisprudencia la exigibilidad de los particulares *deberes de información*, recogidos sustantivamente en el artículo 60 TRLGDCU al regular la información previa al contrato¹⁰⁸.

No cabe duda que la regulación de las cláusulas abusivas se circunscribe a los contratos celebrados entre las partes, por lo que, *a priori*, podrá sostenerse que su control de aplicación no afecta a eventuales usos o prácticas generales impuestas, obstruccionistas o desproporcionadas, de carácter no contractual, pudiendo argüirse que debieran quedar al margen de tal regulación¹⁰⁹. Ahora bien, sea como fuere, no debe perderse de vista que, en si misma, la propia definición de lo que hoy constituye una *práctica comercial* va mucho más allá de lo que algunos interpretan, de manera un tanto reduccionista, como «realidad puramente fáctica circunscrita a meras *conductas o comportamientos* empresariales». De ser esto así, en efecto, una práctica comercial nunca podría ser objeto de un juicio de validez jurídica al no estar *incorporada* como cláusula o estipulación formal a un determinado contrato de consumo¹¹⁰.

Pero la realidad parece, en efecto, otra bien distinta. Así puede comprobarse cómo, por ejemplo, bastantes de los obstáculos o «prácticas obstruccionistas», sin tan siquiera reflejo alguno en el contenido de ninguna cláusula contractual, pueden llegar a contradecir el sentido e interpretación de una o varias de esas mismas cláusulas escritas en razón de una *inexistente, incompleta u oscura información* sobre la naturaleza, características esenciales o circunstancias concurrentes del bien o servicio en el momento de la celebración del contrato. Y es que, en ocasiones, parece obviarse algo tan fundamental cual es reconocer que la información es algo inherente y sustancial a la gran mayoría de las prácticas comerciales habituales. Por eso debe tenerse en cuenta, *a fortiori*, que el legislador cuando pormenoriza las prácticas comerciales se refiere tanto a *conductas* como *actos y omisiones, o manifestaciones o comunicaciones comerciales*, en donde se incluyen expresamente *la publicidad y comercialización* de bienes y servicios objeto del contrato.

Y esto, trasladado a la falta de información sobre la naturaleza, las condiciones o circunstancias contractuales que puedan derivarse *antes de la celebración del contrato*, parece que pudiera ir más allá de lo que es una mera *conducta* o comportamiento *fáctico* del empresario o profesional, equiparable a los usos o costumbres habituales de promocionar, vender o suministrar bienes o servicios a consumidores y usuarios¹¹¹. Máxime si tenemos en cuenta que los jueces y tribunales deberán realizar casi siempre una interpretación sistemática («en el contexto» antedicho, según arts. 82.3 TRLGDCU y 4.1 Directiva 93/13/CEE) en la que deberán apreciarse, complementariamente, las consecuencias que determinadas cláusulas puedan tener «en el marco del Derecho aplicable al contrato», que es lo que permitirá a nuestro juicio la invocación y aplicación de la normativa de la LCD. Pero debe tenerse muy en cuenta que el «desequilibrio importante» de derechos y obligaciones entre partes dentro de un contrato, no solo puede provenir de una neta «restricción» o limitación de su contenido obligacional (*senalagma* propiamente dicho), sino también de cualquier «obstáculo» a su ejercicio (como son las «prácticas obstruccionistas») o de cualquier circuns-

tancia que permita imponer, de facto, una «obligación adicional no prevista» o legalmente amparada en el ordenamiento jurídico privado¹¹².

Así todo, conviene aclarar que la «práctica no consentida» no es equiparable en cualquier caso a una *cláusula abusiva*, aun cuando merece subrayarse que lo habitual será encontrarse con cláusulas que, más o menos arteramente, encubran prácticas abusivas o desleales, bien sea al cobijo del silencio calculado, de la ambigüedad o de una oscura descripción o indefinición de las cláusulas escritas, en mayor o menor desequilibrio o desventaja de la parte más débil. Un importante portillo abierto a la interpretación lo constituye el artículo 87.6 TRLGDCU cuando dentro del listado de cláusulas abusivas incluye «las estipulaciones que *impongan* obstáculos onerosos o desproporcionados para los derechos reconocidos al consumidor en el contrato», que tiene su inspiración en el artículo 9.d) Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales. En suma, no nos parece exagerado o inapropiado propugnar la incorporación *real y efectiva* de las «prácticas no consentidas» («prácticas engañosas» sin más podrá decirse en muchas ocasiones) como elemento normativo que pudiera pasar de *lege ferenda* a integrarse de manera efectiva en la descripción general de lo que pueda calificarse como «abusivo» dentro del artículo 82.3 TRLGDCU.

Estaríamos proponiendo una protección más elevada que la hecha en su día por la Directiva 93/13/CEE y que acogió sin más nuestro TRLGDCU al tratarse de una armonización parcial y de mínimos. Pero en tanto esta modificación no se realice, pensamos que esto podrá alcanzarse oblicuamente en tanto que se permite que el operador jurídico considere que tal o cual uso o práctica constituyen una importante «*circunstancia concurrente* en el momento de celebración» del contrato, aun cuando esta fuere desconocida total o parcialmente por el propio consumidor o usuario en ese momento¹¹³. De forma relevante, la sentencia de la STJUE de 15 marzo 2012 reconoce expresamente que «la comprobación del carácter desleal de una *práctica comercial* constituye *un elemento entre otros* en los que el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato». El fundamento no es otro que la forma especialmente amplia con la que el artículo 4.1 Directiva 93/13/CEE incluyó, como criterio expreso de apreciación de abusividad por parte del órgano jurisdiccional, a «todas las circunstancias» que concurran en la celebración del contrato de que se trate, tal como transpuso literalmente en su día nuestra legislación, y que ahora aparece en el artículo 82.3 TRLGDCU. Esto posibilita y justifica una amplia interpretación e integración de todas estas normas en manos de jueces y tribunales, muy concretamente las de nuestro TRLGDCU y de la LCD en su nueva redacción, que regulan las relaciones contractuales y las prácticas utilizadas con consumidores y usuarios¹¹⁴.

Actualmente, tras la transposición por Ley 29/2009, sin duda con mayor claridad que antes, no existe obstáculo legal alguno que impida estimar como «abusivas» aquellas cláusulas que tengan su fundamento o razón de ser en una

práctica comercial desleal empleada en una relación o conjunto de relaciones con el consumidor y usuario. No nos cabe la menor duda de que el legislador, al tipificar pormenorizadamente como *prácticas desleales* todo un conjunto de conductas o comportamientos contrarios a las exigencias de la buena fe, deja bien trazada la posibilidad de atenderlas e integrarlas fundadamente como netas «*circunstancias concurrentes*», siempre *relevantes* en la celebración de cualesquiera contratos de consumo (art. 4.1.II LCD)¹¹⁵. Entendemos, en suma, que con la nueva redacción de la LCD no existe necesidad de acudir a la interpretación un tanto artificiosa del término «práctica comercial abusiva», que busca su fundamento en un «dolo *in contrahendo*» ribeteado con requisitos propios (deslealtad, aptitud para producir una distorsión objetiva del comportamiento del consumidor, etc.), para de este modo poder vincular los resultados contractuales viciados por tales prácticas abusivas al régimen de nulidad propio de las cláusulas abusivas¹¹⁶.

Pero es que, además, tales prácticas que pueden manifestarse como *actos, conductas, manifestaciones o comunicaciones* del empresario o profesional, incluidas la *publicidad y la comercialización*, quedan, *a fortiori*, determinadas por lo que ahora se conceptúa como un comportamiento «contrario a la *diligencia profesional*», lo que constituirá prueba suficiente de que tales prácticas son realmente contrarias a las exigencias de la *buena fe objetiva*. Esto debemos entenderlo a la luz de las matizaciones ya realizadas, a propósito de la evolución del concepto de práctica comercial y de su encaje con el concepto de cláusula general de competencia del artículo 4.1.II LCD, que actúa como norma del cierre del nuevo sistema. La redacción utilizada por el legislador comunitario fue bien clara al respecto, indicando nítidamente que se trata de conceptos distintos, y, en consecuencia, la vulneración de cualquiera de ellos implica el quebranto de la diligencia profesional exigible. Es decir, junto a la diligencia profesional basada en las *prácticas honestas de mercado*, cabe asimismo entender que la diligencia profesional puede descansar *exclusivamente* en el principio general de la buena fe en el desempeño de la actividad específica del empresario (art. 2.h) Directiva 2005/29/CE), que es lo que no aparece diferenciado en nuestra norma transpuesta pero que puede darse por buena y legítima de aplicarse por nuestros jueces y tribunales¹¹⁷.

Con todo, pues, deberán interpretarse por jueces y tribunales como *conductas* contrarias a la diligencia profesional todas las que traspasen las *prácticas honestas de mercado* o que *distorsionen* significativamente el denominado «comportamiento económico del consumidor» (art. 4.1.II LCD), pero también aquellas otras que conculquen el principio de la buena fe a secas, circunscrito este al ámbito específico de la actividad realizada por un empresario o profesional en la promoción, venta o suministro de bienes y servicios¹¹⁸. A esta norma de cierre deberá acudirse necesariamente conforme al artículo 19.2.I TRLGDCU, el cual determina imperativamente que las prácticas comerciales «están sujetas

a lo dispuesto en esta ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista». Así todo, detectada y tipificada una práctica desleal podrá indagarse acerca de si procede o no trasladarse la aplicación de los artículos 60, 61 y 65 TRLGDCU, en lo que puede entenderse como una incorporación e integración del *contenido de los deberes de información al contrato* conforme al principio de la buena fe objetiva.

Tras este análisis, puede tal vez concluirse que el artículo 65 TRLGDCU puede convertirse en un ariete jurídico de primer grado en el control y revisión jurisdiccional de la contratación de consumo, singularmente en los supuestos en que la publicidad *con genuino contenido informativo* no se hubiere incorporado adecuadamente a cada contrato en cuestión. Debe precisarse que quedarán excluidas del contenido del contrato aquellas comunicaciones y declaraciones publicitarias de contenido puramente *laudatorio o sugestivo*, por lo que parece determinante estar muy atentos a la descripción de las preceptivas obligaciones informativas precontractuales enumeradas en el artículo 60 TRLGDCU y normativa que lo implementa, que incorpore en reformas sucesivas una mayor depuración y extensión a instancias de las Directivas comunitarias, la última la que trae causa de la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores¹¹⁹. Debe recordarse, a estos efectos, que tal elenco está formulado de un modo abierto, por cuanto que se acepta que habrán de tenerse en cuenta aquellas obligaciones de información que estén incluidas en «cualesquiera otras [normas] que resulten de aplicación» (art. 60.2 TRLGDCU). Con esta puntualización del legislador no apreciamos la perentoriedad, como apuntan algunos, de que deban ser los propios tribunales quienes propongan pautas de integración contractual *extraídas del propio mercado*. A propósito de un eventual *riesgo* de una *integración «libre»*, tampoco atisbamos este como un riesgo *real* en la contratación con consumidores y usuarios. En suma, no nos atrevemos a calificar como peligrosa la circunstancia de que la revisión de los contratos con consumidores y usuarios, por inexistencia o insuficiencia informativas de relevancia, pueda convertirse en una «nueva cláusula general» de nuestro ordenamiento¹²⁰.

Hemos hablado del *contenido* genuinamente *«informativo»* de la publicidad y ahora queremos matizarlo. Es precisamente este contenido informativo, frente al meramente sugestivo o suasorio, el que nos permitirá hablar de la integración contractual de los contenidos negociales relevantes del acto publicitario. En efecto, los contenidos *sugestivos* del acto publicitario solamente permiten enjuiciar la relevancia jurídica concurrencial sometida a la disciplina de la competencia desleal, mientras que los contenidos *informativos* permiten evaluar, además, la relevancia jurídica comercial de sus contenidos específicos.

Pues bien, lo habitual será que dentro de la oferta contractual de empresarios y profesionales nos encontremos contenidos informativos y suasorios trabados y unidos entre sí, lo cual permite constatar con claridad la necesaria aplicación dual e inseparable de la disciplina contractual y competencial o, lo que es lo mismo,

de los principios doctrinales que las sustentan. De este modo entendemos que, en la práctica, el comprador actúe en muchos casos imbuido por lo que suelen calificarse como «*fundadas expectativas*», con base en la naturaleza del mismo producto o en declaraciones públicas emitidas por los vendedores, las cuales aparecen precisamente como uno de los elementos que condiciona la aplicación del principio de conformidad de los contratos de compraventa de consumo (art. 116.1.d) TRLGDCU). A este respecto hay quienes hablan razonablemente de las «*expectativas económicas jurídicamente razonables*» que pueden generarse en el consumidor medio, sustancialmente a través de la publicidad y comercialización inherentes a las tareas de promoción, venta y suministro de bienes y servicios¹²¹.

Pues bien, puede afirmarse que el concepto de «práctica desleal», que subsume el de *práctica no consentida*, ha adoptado así un nuevo y más amplio alcance tras la aprobación de la Ley de 29/2009, por cuanto que puede comprobarse: a) que cualquier acto de competencia desleal puede vincularse con cualquier *acto* que se realice *antes, durante o después* de cualquier contrato u operación comercial, al margen de si este se celebra o no; y b) que siempre deberá tenerse en cuenta la real o eventual *distorsión significativa* del «comportamiento económico del consumidor medio», como último destinatario de toda práctica que no cumpla con las exigencias de la buena fe objetiva, sin tener que vincularlas, necesariamente, con la conducta diligente del empresario, de conformidad con las prácticas honestas del mercado (art. 4.1.II Ley 29/2009 y art. 2.h) Directiva 2005/29/CE).

Entendemos que todo lo expuesto permite al operador jurídico enjuiciar más claramente cualquier práctica que incida en la *fase previa, efectiva o posterior* de cualquier contrato de consumo, máxime cuando se trate de prácticas que obstaculicen o restrinjan la aplicación o interpretación de cláusulas prerredactadas. De esta manera, la nueva tipificación de las prácticas engañosas y agresivas en la LCD permitirá con mayor facilidad a los operadores jurídicos la posibilidad de trasladar la «*abusividad*» de una mala práctica contractual a un mayor número de cláusulas contractuales¹²². De este modo, además, las prácticas podrán considerarse sin impedimento como una de las «circunstancias concurrentes» más relevantes en la celebración del contrato, de enorme importancia en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula en cuanto tal, ya sea para calificar la abusividad de la práctica comercial en sí misma, ya sea para intervenir en el propio contenido de la cláusula que encubra en realidad una práctica abusiva por engañosa (art. 82.3 TRLGDCU).

A este propósito es muy previsible el influjo del derecho europeo de contratos en esta materia. Podemos observar, en efecto, como se determina la posibilidad de calificar una cláusula como abusiva por la mera circunstancia de desviarse de las buenas prácticas comerciales: «una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva (...) si 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*». En el mismo sentido, se establece que «... una cláusula es *abusiva* si se desvía manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de la *buena fe contractual*, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluida la naturaleza de los bienes, los contenidos digitales o los servicios relacionados»¹²³.

El mecanismo básico para ese deseable control está en la *aplicación integradora del principio de la buena fe objetiva*, particularmente en todo aquello que afecta a muchas de las prácticas que se amparan en una «omisión de información precontractual relevante» (art. 65 TRLGDCU). Esta información necesariamente habrá de tenerse en cuenta tanto a la luz del artículo 20 TRLGDCU, al estimarse la información inserta en una práctica comercial como un elemento *necesario* de la misma oferta comercial de bienes y servicios¹²⁴, como del artículo 60 TRLGDCU, al enumerarse *la información relevante* para la eficacia *del* contrato. En cualquier caso, téngase presente que, con independencia de la vía administrativa, el consumidor podrá solicitar judicialmente la nulidad o invalidez de toda práctica inserta en la publicidad, en la comercialización o en las comunicaciones comerciales de bienes o servicios (art. 61.2 TRLGDCU).

Con todo, tras la reforma por Ley 29/2009, el listado de cláusulas nulas por obstáculos onerosos o desproporcionados en contratos de tracto sucesivo o continuado (art. 87.6 TRLGDCU), puede comprobarse que pasa a ampliarse, entendemos que por tres razones principales. En primer lugar, porque es posible incorporar a la descripción de tales *obstáculos en la contratación* la amplia definición de las prácticas como actos o conductas engañosas del empresario con consumidores y usuarios (art. 19.2.II TRLGDCU), entre los que cabe destacar los *actos engañosos* que por vía publicitaria inciden en la naturaleza del contrato y que traen causa de una información falsa o que induzca o pueda inducir a error a sus destinatarios (art. 5 LCD). En segundo lugar, porque se incorpora *ex novo* a la legislación la descripción de lo que debe entenderse por prácticas desleales del empresario por existencia de *omisiones engañosas* en las relaciones con consumidores y usuarios, particularmente importante por lo que afecta a la información confusa, ambigua o morosa del propio empresario o profesional, donde será preciso tener en cuenta el *contexto fáctico* en que se produce y el *medio de comunicación utilizado* por el empresario (art. 7 LCD).

Y la tercera y último razón, en cuanto a la incidencia de las prácticas agresivas en los contratos (art. 8 LCD), parece importante tener en cuenta la tipificación de todas aquellas prácticas que mermen la voluntad del consumidor mediante coacción, el uso de la fuerza o influencia indebida, distorsionando la libertad de elección sobre el bien o servicio ofertado, y que permiten invocar la aplicación complementaria de la legislación de contratos en su conjunto (arts. 59 TRLGDCU y 1265 y sigs. CC)¹²⁵. Además, en la valoración de prácticas o conductas agresivas, será necesario tener en cuenta «*cualesquiera obstáculos* no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el empresario o

profesional cuando la otra parte desee ejercitar sus derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador» (art. 8.2.d) LCD).

VIII. CONCLUSIONES

I. Los *principios de equivalencia y efectividad* constituyen una herramienta idónea en la aplicación e interpretación expansivas de la normativa de contratos, en general, y de consumo, en particular. Esto es más relevante aún si partimos de algunos fundamentos jurídicos básicos que sustentan los *Principios Europeos de Derecho de Contratos* y las reglas y conceptos recogidos en los *Principios del Marco Común de Referencia* del Derecho Privado Europeo.

II. El canon hermenéutico de *razonabilidad* del *common law*, que menudea en los proyectos normativos europeos de reforma de contratos, es posible incardinarlo adecuadamente dentro de nuestras figuras tradicionales, incluso darle una mayor proyección que pudiera encajar, por ejemplo, dentro de la *Propuesta de Modernización del Código Civil de 2009* o de la *Propuesta de Código Mercantil de 2013*.

III. Dentro de la consideración jurídica específica que merezcan los *comportamientos o conductas* de las partes dentro de la contratación, manifestados mediante usos y prácticas reiterados, es importante la referencia al concepto de *lealtad contractual*, con base matriz en el *common law*, el cual desde hace tiempo aparece ligado al principio de la buena fe contractual. La idea de lealtad contractual permite reforzar nuestro concepto de la buena fe objetiva, posibilitando ampliar el campo de actuación de los operadores jurídicos en lo atinente a la interferencia natural de usos y prácticas dentro de las relaciones contractuales.

IV. Las *prácticas comerciales* en nuestro ordenamiento privado *aparecen ahora* imbricadas con el principio de protección del consumidor al ampliarse estas al ámbito de la contratación con consumidores, bajo inspiración de directivas y reglamentos del Derecho comunitario, así como de ciertas propuestas del Derecho Europeo de Contratos. Resulta difícil conceptuar tales prácticas, tanto si las entendemos como «abusivas» (plano de la contratación) como «desleales» (plano competencial). Pero aun cuando las *prácticas comerciales* no sean propiamente cláusulas contractuales, sin embargo debe admitirse que estas condicionan cada vez más múltiples contratos predispuestos, de manera que habrán de tomarse en mayor consideración a la hora de interpretar su grado de cumplimiento y la eventual responsabilidad civil que pueda derivarse de su presencia.

V. La LCD utiliza el término «prácticas comerciales» para referirse a «comportamientos» o «conductas» en la finalidad concurrencial de empresarios y profesionales en el intercambio de bienes y servicios, al objeto de determinar

si se apartan o no de las pautas del «buen funcionamiento del mercado interior». La información contractual, como parte integrante de la buena fe y la lealtad contractual, forma parte esencial de la diligencia profesional exigible a empresarios o profesionales. Las ideas de «*diligencia profesional*», «*distorsión del comportamiento económico del consumidor*», o de las eventuales «*decisiones sobre transacciones privadas*» no pueden circunscribirse a la aplicación de un solo artículo de la LCD reformada, sino que deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de *toda* esta normativa en su vertiente consumerista. Se hace preciso partir de una clara delimitación del alcance real de la nueva cláusula del artículo 4.1.II LCD como norma de cierre del sistema competencial, por cuanto que afecta a las relaciones contractuales de consumo.

VI. La estrecha conexión de la legislación competencial y contractual se viene realizando desde hace tiempo, directa o indirectamente, por la vía de los *deberes de información en los contratos*, adquiriendo estos progresivamente más entidad y relevancia interpretativa, en mayor grado en las regulaciones sectoriales del mercado donde la protección del consumidor es más quebradiza y titubeante, como pueda ser la de productos o bienes contratados a través de los servicios bancarios y financieros, que entran de pleno en el ámbito de aplicación de la Ley 29/2009 y la Directiva 2005/29/CE.

VII. La equiparación en el tratamiento jurídico de cláusulas y prácticas abusivas por parte de jueces y tribunales, o las nuevas variables de entrada de la publicidad y comercialización de bienes y servicios respecto a clientes o consumidores, tienen ahora un mayor alcance del que pudiera parecer a primera vista con la nueva redacción de la LCD. El planteamiento de fondo amplía el mecanismo que permite interpretar todas aquellas cláusulas que taimadamente encubren prácticas abusivas o desleales, viniendo a reforzar notablemente las consecuencias derivadas del uso y la buena fe conforme a la naturaleza de cada contrato. La *interpretación constructiva* del contrato, con fundamento en el artículo 1258 del Código Civil, parece así una herramienta más accesible al operador, por cuanto permite conectar los usos y prácticas negociales con las denominadas *cláusulas implícitas* del contrato. Tales usos y prácticas comerciales adquieren de esta manera un *nuevo* papel en la contratación dentro de nuestro ordenamiento jurídico privado, más allá de las limitaciones y deficiencias de la actual redacción del artículo 1.3 del Código Civil.

VIII. Los aspectos concurrenciales de la LCD pueden considerarse ahora plenamente subsumidos en la protección del consumidor. Competencia y contratos privados de consumo coinciden en la práctica como anverso y reverso de una misma realidad bifronte e inseparable, al partirse de la novedosa premisa de que «las normas que imponen la protección de la libre competencia o prohíben la competencia desleal protegen a los consumidores *de la misma manera* que protegen el funcionamiento del mercado y los intereses de los operadores económicos que actúan en el mismo».

IX. Las denominadas «*prácticas no consentidas expresamente*», en estrecho maridaje con las *cláusulas abusivas en los contratos*, adquieren mayor alcance, pues en el tratamiento jurídico por jueces y tribunales resulta ahora más fácil que antes fundamentar la equiparación de cláusulas y prácticas abusivas en la contratación. Todo parece posibilitar un más fácil ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, o, en su caso, una más rápida aplicación de las medidas administrativas sancionadoras que expulsen del mercado tanto a las prácticas no consentidas como a las directamente abusivas. Será posible, de facto, que tales «prácticas» merezcan idéntica reprobación jurídica que las cláusulas abusivas, al menos en los supuestos donde pueda probarse que existen trabas u obstáculos adoptados o *impuestos* por empresarios y profesionales *sin consentimiento* del consumidor, por cuanto que afectan al contenido básico de la relación contractual.

X. La prueba básica de abusividad de una conducta o práctica determinada podrá deducirse porque, en el caso de una hipotética traslación al contrato particular donde se inserta, esta pueda calificarse como un elemento más de la cláusula abusiva. Para llegar a esta calificación será imprescindible comprobar, caso por caso, si es posible estimar como «razonable» que un consumidor o cliente minorista acepte o no una determinada práctica impuesta por un empresario o profesional en el marco de una hipotética negociación individual, partiendo del presupuesto de un trato leal y equitativo con el consumidor acorde con la buena fe objetiva. Tarea difícil en ocasiones, pero posible.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES:

- STJUE 26 octubre 2006 (Asunto C-168/05, Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium, SL)
- STJUE 6 octubre 2009 (Asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, SL/C. Rodríguez Nogueira)
- STJUE 15 marzo 2012, Asunto C-453/10, Jana Pereni ová/Vladislav Pereni-SOS financ, spol. s. r. o)
- STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito/Joaquín Calderón Camino)
- STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Catalunyacaixa)
- STJUE 21 marzo 2013 (Asunto C-92/11, RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV)
- STJUE 16 enero 2014 (Asunto C-226/12, Constructora Principado/José Ignacio Menéndez Álvarez)
- STS 8 julio 1981(RJ 1981/3053)
- STS 21 septiembre 1987 (RJ 1987/6186)
- STS 11 mayo 1988 (RJ 1988/9053)
- STS 15 abril 1998 (RJ 1998/2053)

BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2007): «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007-2, núm. 14.
- BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2003): «Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)», Madrid, Colegios Notariales de España.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2009): «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2011): «Comentarios a la Ley de Competencia Desleal (Dir.)», Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- BUSTO LAGO, J. M. (2010): «Reclamaciones de Consumo», 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- CALVO CARAVACA, A. (1998): «Comentario al artículo 9 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, Madrid, Civitas.
- CARRASCO PERERA, Á. (2010): «Derecho de Contratos», Cizur Menor (Navarra), Aranzadi; *Ibid.* (2007): «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Cizur Menor (Navarra), THOMSON-ARAZADI; *Ibid.* (2010): «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», disponible en www.uclm.es/centro/cesco; *Ibid.* (2009): «Proyecto de Ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (I): Derecho de la competencia y Derecho de consumo», disponible en www.uclm.es/centro/cesco; *Ibid.* (2007): «La Directiva 2005/29/CE y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha», disponible en www.uclm.es/centro/cesco.
- COSTAS COMESAÑA, J. (1998): «El concepto de acto de competencia desleal», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 19.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M. (2002): *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C. (2006): «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *Autocontrol*, núm. 108.
- FONT GALÁN, J. I. (2010, 2011): «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 25, 2010-2; núm. 26, 2011-1.
- GARCÍA PÉREZ, R. (2008): «Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, 7 de noviembre de 2008.
- GÓMEZ SEGADE, J. A. (2010): «La nueva cláusula general en la Ley de Competencia Desleal», *El derecho mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, Madrid, Marcial Pons.
- GONDRA ROMERO, J. M^a (1992): *Derecho Mercantil, Introducción*, Tomo I, vol. I, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009): «Comentarios al Título II del Real Decreto Legislativo 1/2007 sobre condiciones generales y cláusulas abusivas», *Comentario del Texto Refundi-*

- do de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010): *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed., Madrid, Dykinson.
- LIBERTINI, M. (2008): «Clausola generale e disposizioni particollari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette (Attuazione e impatto sistematico della Direttiva 2005/29/CE)* (Dir. A. Genovese), Padova, Cedam.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á. (1998): «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)* (Dir. y coord. L. Díez-Picazo), Madrid, Civitas.
- MARTÍNEZ SANZ, F.- PUEZ, A. (2010): «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7.
- MASSAGUER FUENTES, J. (1999): *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Madrid, Civitas; *Ibid.* (2006), *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Madrid, Civitas; *Ibid.* (2010, 2012), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (Dir.), eds. 2ª y 3ª, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1988): *La competencia desleal*, Madrid, Civitas.
- PERALES VISCASILLAS, Mª. P. (2001): «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>.
- RUIZ PERIS, J. I. (2010): «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia)* (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2010): «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, Madrid, Marcial Pons.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE-RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (2009, 2010): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Editores Von Bar, Ch., Clive, E., Schulte-Nölke, H., Beale, H., Herre, J., Huet, J., Storme, M., Swann, S., Varul, P., Veneziano, A., y Zoll, F., Outline Edition, disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf, y http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf, Munich, Sellier, European Law Publishers.
- TATO PLAZA, Á. (2010): *La reforma de la competencia desleal* (Dir.), Madrid, Wolters Kluwer-La Ley.

NOTAS

¹ STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 45; STJUE 14 junio 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito/Joaquín Calderón Camino), apartado 40.

² STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 50, que, a su vez, se ampara en lo estable-

cido anteriormente en otras muchas sentencias, como la STJUE 26 de octubre 2006 (Asunto C-168/05, Mostaza Claro/ Centro Móvil Milenium, SL), Rec. págs. I-10421, apartado 24, o la STJUE 6 de octubre 2009 (Asunto C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones, SL/ Cristina Rodríguez Nogueira), Rec. págs. I-9579, apartado 38.

³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, DCFR, Outline Edition, Von Bar, Ch.- Clive, E.- Schulte-Nölke, H., eds., 2009; *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea*, COM (2011) 635 final, 11 octubre 2011.

⁴ DOCE 22 noviembre 2011. En España esta Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, ha sido transpuesta por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, entre las que destaca la LOCM, señal de las múltiples referencias cruzadas que existen en este ámbito de la contratación y a las que hacemos referencia en el texto principal. También aprovecha esta Ley 3/2014 para dar cumplimiento a la STJUE de 4 de junio de 2014 (Asunto C-618, Banco Español de Crédito), que sostiene que España no adaptó en su día correctamente el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, teniendo que darse necesariamente una nueva redacción al artículo 83 TRLGDCU.

⁵ Artículo 1:105 PECL: «(1) Las partes están vinculadas por cualquier *uso convenido* o por cualquier *práctica* que hayan establecido entre ellas. (2) Las partes están vinculadas por los usos que personas *en la misma situación que ellas consideran generalmente aplicables*, excepto cuando la aplicación de tales usos *no fuera razonable*».

⁶ Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 151.

⁷ Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, págs. 163-164, quienes tienen en cuenta que lo que establece los PECL respecto a la definición de lo razonable, para lo que es preciso tener siempre en cuenta todas las circunstancias o factores relevantes de cada supuesto (esencialmente la naturaleza y el objeto del contrato), así como las costumbres y los usos y prácticas que acompañen, inseparables de los criterios de la buena fe y la lealtad. Ver *Principios de Derecho contractual europeo* (Partes I y II), «Comentario al artículo 1:302», Colegios Notariales de España, 2003, págs. 168-170.

⁸ BARRES BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario al artículo 1:105 PECL», *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 135.

⁹ Artículo 1:302 PECL: «según estos principios, el carácter de *razonable* debe juzgarse de acuerdo con el criterio de la persona que actúa de *buena fe* y en *la misma situación* en la que se encuentran las partes contratantes. En particular, para determinar lo que es razonable se deben tener en cuenta tanto *la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de los ramos de los negocios o de las profesiones* a los que se refieran». *Boletín de Información del Ministerio de Justicia (BIMJ)*, enero 2009.

¹⁰ Ver «<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>».

¹² La *Convención de Viena* (CISG), en su integridad, viene siendo reconocida por la doctrina más autorizada como el punto de referencia básico en la aproximación de los Derechos de origen anglosajón y de corte europeo, como puedan ser el Derecho alemán o el Derecho francés.

¹³ LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, pág. 125.

¹⁴ Artículo 5:101 (3) PECL.

¹⁵ Artículo 1:302 *in fine*, PECL.

¹⁶ *BIMJ*, enero 2009, *Exposición de Motivos*, pág. IX, pág. 14.

¹⁷ Artículo 1278.III PMCC. Las prácticas y usos vienen, a su vez, recogidos en el artículo 1279 PMCC, las prácticas establecidas entre las partes, en un sentido interno, y los usos de los negocios, en su sentido externo, es decir, todos aquellos usos y prácticas que podrían

aplicarse a personas en la misma situación y circunstancias, excluyéndose las que no fueran razonables, siguiendo razonamiento de Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 260, a propósito del artículo 5:102 PECL del que trae causa el proyectado artículo 1278.III PMCC.

¹⁸ PERALES VISCASILLAS, M^a. P., 2001, «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», 2001, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>, pág. 54.

¹⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, págs. 122-123, quien reconociendo la extrañeza del concepto de razonabilidad en el *common law*, justifica su equiparación y utilidad, sin que con ello se deba caer en la tentación de dar pasaporte inglés al vetusto *bonus pater familias*, o de tener que leer el venerable canon de la *bona fides* en exclusiva clave de «razonabilidad».

²⁰ Por todos LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 8 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, pág. 126, siguiendo los razonamientos de BONELL, M. J., en *Commentary on The International Sales Law*, 1987, págs. 110-111.

²¹ Históricamente se refuerza lo afirmado cuando vemos que el artículo 9 CISG trae causa del artículo 8 del Proyecto de Convención de 1978 elaborado por la CNUDMI-UNCITRAL (*Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*) con tan solo alguna modificación, inspirándose a su vez en la reglamentación de los Usos del Derecho Uniforme de La Haya.

²² PMCC 2009, *Exposición de Motivos*, Apartado III.

²³ PERALES VISCASILLAS, M^a P., «El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)», 2001, «<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html>», pág. 67.

²⁴ CALVO CARAVACA, A., «Comentario al artículo 9 de la Convención de Viena», *La compraventa internacional de mercaderías (Comentario a la Convención de Viena)*, 1998, págs. 136-139.

²⁵ BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario al artículo 1:105 PECL», *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 135, donde se explicita que los usos pueden alcanzar a definirse, desde un punto de vista práctico, como una «manera de hacer funcionar los negocios» o de hacer operativas las relaciones comerciales, sobreentendiendo, claro está, que exista un fundamento sólido y justificado para hacerlo.

²⁶ «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad», Comisión General de Codificación (CGC en adelante), Sección de Derecho Mercantil, Año LX, *BIMJ*, núm. 2006, 1 febrero 2006, artículo 45 CCom.

²⁷ Ver «<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>», pág. 482.

²⁸ Artículo I.1:103 DCFR: «La buena fe y el trato justo. (1) La expresión “de buena fe y trato justo” se refiere a un estándar de conducta caracterizado por la honradez, la lealtad y la consideración hacia los intereses de la otra parte en una transacción o relación determinada. (2) En particular es contrario a la buena fe y trato justo todo acto de una parte que sea incompatible con las declaraciones anteriores o la conducta en detrimento de la otra parte que hubiere actuado confiado razonablemente en ellas» (*Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2009).

²⁹ Conviene advertir que algunas traducciones de los PECL al castellano, incorrectamente a nuestro juicio, al traducir la expresión «good faith and fair dealing» optan por prescindir de «la lealtad», dándola por incluida dentro de la buena fe contractual o de «las exigencias de la buena fe» a secas (1.7 CC), por entender que el significado del «fair dealing» como transparencia en los negocios, lealtad en las transacciones, honradez, confianza en los tratos,

no tiene a su juicio «un equivalente exacto en el lenguaje jurídico en castellano» (BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J. M., MARTÍNEZ SANZ, F. *Principios de Derecho contractual europeo (Partes I y II)*, Colegios Notariales de España, 2003, pág. 127, nota del traductor). Hoy, una vez publicado el DCFR, pensamos que ya no es posible mantener esa traducción.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 156.

³¹ DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., MORALES MORENO, M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, pág. 157.

³² Artículo 1241 PPMC; artículo 50.6 Propuesta CGC 2006.

³³ Ver <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>, pág. 411.

³⁴ Exposición de Motivos, Apartado II, Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

³⁵ CARRASCO PERERA, Á., «Proyecto de Ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (I): Derecho de la competencia y Derecho de consumo», www.uclm.es/centro/cesco, 2009, págs. 1 y sigs.

³⁶ TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 32.

³⁷ PMCC, Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, BIMJ, enero 2009, pág. 11.

³⁸ CARRASCO PERERA, Á., «Proyecto de Ley de modificación del régimen de la competencia desleal para mejorar la protección de los consumidores (I): Derecho de la competencia y Derecho de consumo», www.uclm.es/centro/cesco, 2009.

³⁹ COSTAS COMESAÑA, J., «El concepto de acto de competencia desleal», *Actas de Derecho Industrial y derecho de autor (ADI)*, vol. 19, 1998, págs. 360 y sigs.

⁴⁰ El día 3 de enero 2014 ha entrado en vigor en nuestro país la *Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria*, que supone una completa novedad en la regulación de la contratación de distribución alimentaria, que busca precisamente corregir desequilibrios y «claras asimetrías en el poder de negociación que pueden derivar, y en ocasiones derivan, en una falta de transparencia en la formación de precios y en prácticas comerciales potencialmente *desleales* y con prácticas contrarias a la *competencia* que distorsionan el mercado y tienen un efecto negativo sobre la competitividad de todo el sector agroalimentario». Aun cuando estamos hablando de contratos de distribución que tienen un efecto directo en la adquisición de bienes y servicios por los consumidores, muy específicamente en los precios de mercado. Si bien esto era una necesidad ostensible en este sector, muchas veces postergada sin causa justificada, todo permite presagiar su expansión a otros sectores contractuales igualmente necesitados de una regulación general y específica más clara al respecto, como puede ser el de las relaciones contractuales ligadas a productos y servicios del sector bancario y financiero, singularmente en lo tocante a las particulares prácticas comerciales abusivas.

⁴¹ TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 44.

⁴² CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», www.uclm.es/centro/cesco, 2010, págs. 1 y 2; «La Directiva 2005/29/CE y la normativa de protección a los consumidores en Castilla-La Mancha», www.uclm.es/centro/cesco, 2007, pág. 4.

⁴³ TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 36.

⁴⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, pág. 98; MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 20. Antes de la reforma ver MASSAGUER FUENTES, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, 1999, págs. 26 y sigs., y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1988, págs. 95 y sigs.

⁴⁵ MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 20.

⁴⁶ TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, págs. 53, 55 y 56.

⁴⁷ Se corresponden con los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2005/29/CE.

⁴⁸ TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 57.

⁴⁹ ANEXO I a la Directiva 2005/29/CE, «Prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia». Prácticas comerciales engañosas descritas en 23 supuestos y otras 8 más de prácticas comerciales agresivas.

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, págs. 96 y sigs.; GÓMEZ SEGADÉ, J. A. «La nueva cláusula general en la LCD», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, págs. 335; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, págs. 64 y 74.

⁵¹ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *Autocontrol*, núm. 108, 2006, pág. 18; LIBERTINI, M., «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», en GENOVESE, A. (Dir.), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, 2008, págs. 86 y sigs.

⁵² MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, págs. 59 y 71; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 63.

⁵³ MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 32.

⁵⁴ GARCÍA PÉREZ, R., «Consideraciones preliminares sobre la incidencia en la Ley de Competencia Desleal del Anteproyecto de Ley que incorpora la Directiva sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, 7 noviembre 2008, págs. 4-8; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 65.

⁵⁵ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, pág. 75; TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 66.

⁵⁶ SSAP Barcelona 29 de noviembre de 1995, 13 de febrero de 2004, 6 de mayo de 2004, 6 de mayo de 2005; Asturias, 18 de septiembre de 1996; Gerona, 19 de diciembre de 2000, 16 de abril de 2002; Cádiz, 19 de abril de 2000; Málaga, 2 de junio de 2004; Toledo, 16 de septiembre de 2004; Santa Cruz Tenerife, 21 de enero de 2005, 21 de marzo de 2005.

⁵⁷ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, págs. 75-78.

⁵⁸ El TS ha explicitado su contenido, entre otras, en las SSTs 8 de julio de 1981 (*RJ* 1981/3053), 21 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987/6186), 11 de mayo de 1988 (*RJ* 1988/9053), y 15 de abril de 1998 (*RJ* 1998/2053), como conductas que se acomodan a «los imperativos éticos que la conciencia social exija».

⁵⁹ MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, págs. 30-32.

⁶⁰ TATO PLAZA, Á. (Dir.), *La reforma de la competencia desleal*, 2010, pág. 72; CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», 2010, «www.uclm.es/centro/cesco», pág. 4.

⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, 2011, págs. 104-105, quien califica este como un procedimiento que «no es correcto».

⁶² RUIZ PERIS, J. I., «La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal», *La reforma de la Ley de Competencia Desleal (Estudios sobre la ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia)* (Dir.), 2010, pág. 48.

⁶³ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., «La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales», *La Ley*, núm. 1, 2006, págs. 1335 y sigs.

⁶⁴ Por todos SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, pág. 392.

⁶⁵ CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», «www.uclm.es/centro/cesco», 2010, págs. 4-5.

⁶⁶ Artículo 2.2 Directiva 2005/29 /CE: «La presente Directiva se entenderá *sin perjuicio* del Derecho contractual, y en particular de las *normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos*»

⁶⁷ «No tienen la consideración de *prácticas comerciales* las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59» (art. 19.2. III TRLGDCU), lo que no quiere decir que estas no puedan incidir en la contratación de bienes y servicios.

En la Directiva 2005/29/CE se afirma que «la presente Directiva se entenderá *sin perjuicio* del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos».

⁶⁸ Artículos 2.d) y 3.1 Directiva 2005/29/CE. Recuérdese que por «producto» el legislador comunitario incluye tanto los bienes como los servicios (art. 2, c) Directiva 29/2009). El «servicio financiero» en cuanto tal incluye «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago», conforme al art 2.b) Directiva 2002/65/CE, 23 septiembre 2002, al igual que, por ejemplo, en el artículo 4.2 Ley 22/2007, 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros.

⁶⁹ *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference* (DCFR), 2009, donde se recogen minuciosamente estos deberes precontractuales en su Libro II, capítulo III, dedicado a la mercadotecnia y los deberes precontractuales (Art. II.3:101 y sigs.), que contiene una regulación pormenorizada. El *Acquis Group* ya había publicado en 2007, *Principles of the Existing EC Contract Law, Contract I*, donde de una manera más detallada que en los PECL se desarrollan los deberes de información contractual (arts. 2:201 a 2:206).

⁷⁰ Artículos II.3.101 y II.3.102 DCFR, *Principles, definitions and model rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Outline Edition*, 2009.

⁷¹ La nueva redacción aprobada del TRLGDCU en su artículo 60.1 matiza a este respecto que esta obligación de información, que debe facilitar el empresario, no será precisa cuando «resulte evidente por el contexto» del que se presume que forman parte las prácticas y usos habituales del sector donde se realiza.

⁷² Considerando 15 Directiva 2005/29/CE.

⁷³ *Ibid.* anterior.

⁷⁴ Asimismo, la Orden EHA/1608/2010, 14 de junio, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago; Orden EHA/1717/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (complementa la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios), y Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de servicios y productos de inversión (Circular 6/2010).

⁷⁵ Sirva como ejemplo el actual artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que faculta discrecionalmente al Ministro de Economía y Hacienda en aspectos y materias de relieve en la protección de los legítimos intereses de la clientela en el ámbito contractual, de la publicidad o de la propia información precontractual. O también las *habilitaciones* del Ministro de Economía y Hacienda a la CNMV respecto a determinadas informaciones (art. 79 bis.3 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores).

⁷⁶ La Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, relativa a los Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID), con la Ley de transposición 47/2007, de 19 de diciembre, vino a depurar la terminología conceptual, y con ella la distinción de productos bancarios o financieros sobre los que es exigible una mayor o menor información y prevención por parte de la clientela (*productos complejos y no complejos*), como respecto a las consiguientes medidas evaluadoras exigibles con antelación por parte de las empresas o entidades prestadoras de los servicios de inversión e instrumentos financieros (*test de idoneidad y test de conveniencia del cliente*) (art. 76, bis.6 y 7 Ley 47/2007 y RD 217/2008, de 15 de febrero).

⁷⁷ Considerandos 9 y 10 *in fine* Directiva 2005/29/CE.

⁷⁸ *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión*, Documento COM (2012) 352 final, 3 julio 2012, en fase de Dictamen PE (1ª lectura), 20 de noviembre de 2013.

⁷⁹ Artículo 3.4 Directiva 2005/29/CE, que establece la prevalencia en caso de conflicto de las normas comunitarias que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales, viene transpuesto en el artículo 19.4 TRLGDCU.

⁸⁰ Documento SEC (2009) 1666, 3.12.2009, «Orientaciones para la aplicación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», págs. 10 y sigs.

⁸¹ Artículo 20.2 TRLGDCU: «El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior [información necesaria de la oferta comercial de bienes y servicios] o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 [normas que regulan prácticas comerciales en sectores específicos] será considerado *en todo caso* práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal».

⁸² CARRASCO PERERA, Á., «Prácticas comerciales desleales y Derecho sancionador de consumo», www.uclm.es/centro/cesco, 2010, pág. 6.

⁸³ Particular interés adquiere el artículo 1301 PMCC que, con enorme amplitud, permite entender una práctica contractual como *particular estado o situación de dependencia del consumidor* al establecerse que «una de las partes puede *anular el contrato* que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquel, resulta que se ha aprovechado injustamente de una *situación de dependencia*, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico».

⁸⁴ En los PECL se incluye una regla general sobre la incorporación al contrato de las declaraciones de un contratante (6:101 [1] y 6:102); y, junto a ella, una regla especial aplicable a los casos de incorporación de la información sobre cualidades de los mismos, a través de declaraciones públicas, de la publicidad o de cualquier otro modo con carácter previo a la conclusión del contrato (art. 6:101 [2] PECL), o también la ofrecida por un sujeto distinto por cuya cuenta actúe el vendedor, o alguien situado más arriba en la cadena de distribución, como pueden ser los representantes o las personas encargadas de hacer la publicidad (art. 6:101 [3] PECL).

⁸⁵ Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de Consumidores de 2006, contenidos luego trasladados a los artículos 62 y 87.6 TRLGDCU.

⁸⁶ La STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 76, a propósito de la aplicación de los criterios de apreciación de abusividad, estima que, para medir la buena fe exigible dentro de un presumible desequilibrio contractual, «debe comprobarse si el profesional, tratando de *manera leal y equitativa con el consumidor*, podía estimar *razonablemente* que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual», criterio que enlaza con la definición de lo que se entiende como condición de lo que es o no «razonable», recogido y descrito en el artículo 1.302 PECL, así como en el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea (COM [2011] 635 final, 11.10.2011).

⁸⁷ A este respecto, en el ámbito de las reformas europeas puede verse la mención del artículo 6.102 PECL, que reconoce que «las *cláusulas implícitas* que deriven de la intención de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato y la buena fe y la lealtad», siendo aún más explícito el artículo 68 de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea al afirmar que «cuando sea necesario tratar una materia que no está regulada explícitamente por el acuerdo entre las partes, *un uso o práctica* o una regla de la normativa común de compraventa europea, podrá inferirse una *cláusula adicional implícita*, habida cuenta, en particular, de: a) la naturaleza del contrato; b) las circunstancias en las que se celebró el contrato; y c) la buena fe contractual» (COM [2011] 635 final, 11.10.2011).

⁸⁸ GONDRA ROMERO, J. M^a, *Derecho Mercantil, Introducción*, Tomo I, vol. I, 1992, págs. 186 y 188-189.

⁸⁹ El artículo 82.1 TRLGDCU establece un nexo diáfano entre las cláusulas abusivas y las prácticas contractuales «no consentidas expresamente» con fundamento en la aplicación del principio general del *justo criterio de proporcionalidad y equilibrio* que debe existir entre las recíprocas obligaciones de las partes contratantes en los contratos onerosos.

⁹⁰ CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 2010, pág. 815.

⁹¹ Artículo 32 LCD según redacción dada por Ley 29/2009, que se correspondería con el antiguo artículo 18 LCD.

⁹² CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, 2010, págs. 815-816.

⁹³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, págs. 394-396. Desde una perspectiva de generalización o socialización del derecho de la competencia subraya que es «la tutela del consumidor la que refleja una mayor vitalidad» (*ob. cit.*, pág. 393).

⁹⁴ Artículo 4.1.II LCD, donde la clave de bóveda de la práctica comercial, como hemos apuntado más arriba, reside en el concepto de «diligencia profesional», vaciada parcialmente de contenido con la transposición de la Directiva 2005/29/CE, al omitirse, junto a la referencia a las prácticas honestas de mercado, la posibilidad de fundamentar el reproche de deslealtad en una falta de diligencia profesional fundamentada en «el principio general de la buena fe en el ámbito de actividad del comerciante» (art. 2, h) Directiva 2005/29/CE).

⁹⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «La ampliación del concepto de competencia desleal», *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI (Libro Homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa)*, 2010, págs. 398-399.

⁹⁶ Artículo 20.2 TRLGDCU, que remite al artículo 19.4 TRLGDCU.

⁹⁷ Exposición de Motivos Ley 44/2006, apartado VI.

⁹⁸ Dictamen del Consejo de Estado, referencia 186/2006, 9 de marzo, apartado V.2.B.

⁹⁹ Artículo 9.d) Directiva 2005/29/CE.

¹⁰⁰ Dictamen del Consejo de Estado, referencia 186/2006, 9 de marzo, apartado V.2.B.

¹⁰¹ Exposición de Motivos Ley 44/2006, VI, *in fine*.

¹⁰² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 887. A su juicio pretender ir más allá de lo apuntado en el texto legal supone caer en «hipótesis absurdas» o llegar a conclusiones sin sentido.

¹⁰³ La STJUE 14 marzo 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartado 76, utiliza esta argumentación a propósito de la aplicación de los criterios de apreciación de abusividad en el ámbito de las cláusulas abusivas. La definición de lo que se entiende como «razonable», ya ha sido recogido y descrito en el artículo 1.302 PECL así como en el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento de compraventa europea (COM [2011] 635 final, 11.10.2011).

¹⁰⁴ BALLUGERA GÓMEZ, C., «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 2007-2, núm. 14, pág. 23 y sigs.

¹⁰⁵ Artículos 1250 *in fine* y 1279.3 *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* (PMCC), Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil, *BIMJ*, enero de 2009, que menciona explícitamente las prácticas establecidas entre las partes del contrato y los usos de los negocios.

¹⁰⁶ BUSTO LAGO, J. M., *Reclamaciones de Consumo* (Coord.), 3ª ed., 2010, págs. 189-190.

¹⁰⁷ FONT GALÁN, J. I., «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», *RdP*, núm. 25, 2010-2, pág. 49.

¹⁰⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 4ª ed., 2010, págs. 113 y 123 a 127.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 887; CARRASCO PERERA, Á., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, pág. 191.

¹¹⁰ CARRASCO PERERA, Á., «Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores», *Nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, 2007, pág. 191.

¹¹¹ Tal importancia, por ejemplo, ha sido puesta de manifiesto en la STJUE 21 de marzo de 2013 (Asunto C-92/11, apartado 44, RWE Vertrieb/ Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV), donde se argumenta, en efecto, que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración», siendo precisamente el consumidor quien «decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información». En el fallo particular, acerca de la modificación del coste de contratos de suministro de gas, el Tribunal europeo determinó que, para apreciar la buena fe y el equilibrio y transparencia necesarios, «reviste concretamente una importancia esencial determinar si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste». Se refuerza esta idea, de forma complementaria, al afirmar que «la falta de información a este respecto antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor será informado, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar la modificación».

¹¹² STJUE 16 de enero de 2014 (Asunto C-226/12, Constructora Principado/José Ignacio Menéndez Álvarez, apartados 21, 23 y 24); STJUE 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa), apartados 68 y 71, donde se instrumenta la metodología como debe apreciarse el carácter abusivo de una cláusula contractual determinada, para lo que es imprescindible que el juez o tribunal alcance a «valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable» que la prevista por el conjunto del ordenamiento jurídico interno así como de los «medios de que dispone» para afrontar tales situaciones desequilibrantes.

¹¹³ Artículo 1241 PPMC: «Un contrato que conste por escrito en el que exista una cláusula que exija que cualquier modificación o extinción del mismo por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, aquella de las partes que con su comportamiento en relación a la modificación o extinción del contrato haya generado en la otra una confianza legítima, no podrá invocar la citada cláusula»; en concordancia con artículo 50.6 Proyecto 2006 CCom.

¹¹⁴ STJUE 15 de marzo de 2012, Asunto C-453/10 (Jana Pereni ová/Vladislav Pereni- SOS financ, spol. s. r. o), apartado 43. Recoge que la incidencia de cualquier práctica comercial, en efecto, al considerarse por el Tribunal de Justicia como un elemento más entre otros para la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula contractual, «no permite determinar automáticamente por sí solo el carácter abusivo de las cláusulas controvertidas», en tanto que cada cláusula «debe ser examinada en función de todas las circunstancias propias del caso concreto», sin que con ello se trastocuen las normas que afectan a la validez, formación o efecto de los contratos, esto es, las normativas de cláusulas abusivas y de prácticas desleales se complementan entre sí con plena efectividad (art. 3.2 Directiva 2005/29/CE), lo que permite afirmar que la comprobación de carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros para apreciar la abusividad de una cláusula, aun cuando se matice que tal comprobación «no incide directamente en la apreciación» de la validez del contrato con arreglo al artículo 6.1 Directiva 93/13 (apartados 44, 45 y 47).

¹¹⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitx), 2009, pág. 889.

¹¹⁶ BUSTO LAGO, J. M., *Reclamaciones de Consumo* (Coord.), 2010, 3ª ed., págs. 191-192.

¹¹⁷ MARTÍNEZ SANZ, F., PUETZ, A., «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *RCD*, núm. 7, 2010, pág. 32.

¹¹⁸ MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 2006, pág. 85. A su juicio tal formulación de la distorsión del comportamiento económico no resulta

necesariamente afortunada, ya que el pleno conocimiento de causa no es necesariamente sinónimo de la autonomía y racionalidad económica de una decisión de mercado en el lado de los consumidores y usuarios.

¹¹⁹ Se tienen en cuenta novedosamente en la nueva redacción del art. 60 TRLGDCU, por ejemplo, las informaciones sobre las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios; la información sobre la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, o la ampliación general de la información a los contratos de suministro de agua, gas o electricidad en tanto no estén envasados para su venta, o, de calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

¹²⁰ De distinta opinión BASOZABAL ARRUE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *ADC*, fasc. II, 2009, págs. 711 y sigs.

¹²¹ FONT GALÁN, J. I., «Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias», *RdP*, núm. 25, 2010-2, págs. 70-71.

¹²² GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 889.

¹²³ Artículos 86 y 170.1, respectivamente, de la *Propuesta de Reglamento de compraventa europea* (COM [2011] 635 final), 11.10.2011.

¹²⁴ Con fundamento en artículo 7.5 y Anexo II Directiva 2005/29/CE («Disposiciones de Derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales»).

¹²⁵ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Coord. R. Bercovitz), 2009, pág. 888.

*(Trabajo recibido el 27-03-2014 y aceptado
para su publicación el 05-05-2014)*

La llamada representación indirecta

The Practice Known as Indirect Representation

por

PROF. DR. JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PUECHE
Universidad de Alcalá

RESUMEN: Se pretende reflexionar en este trabajo sobre las posibilidades dogmáticas y prácticas de lo que se ha venido conociendo como representación indirecta, para concluir que es institución que debe rechazarse. Pero se reconoce la conveniencia de que, en ocasiones, el representado o interesado en el negocio se mantenga oculto, y se sugiere que para satisfacer esta demanda se acuda al contrato para persona a designar que llena los mismos cometidos que la institución rechazada sin sus inconvenientes teóricos y prácticos.

ABSTRACT: *This paper voices some reflections on the possibilities, in established thought and in practice, of what has come to be known as indirect representation. The conclusion is that indirect representation is a practice that should be quashed, although it is recognized as sometimes being an advantageous means of keeping the principal party or person concerned in a business dealing concealed. This demand, it is suggested, should be satisfied using contracts for as-yet unnamed nominees, which accomplish the same purpose as indirect representation without any of the theoretical or practical drawbacks.*

PALABRAS CLAVE: Representación indirecta. Contrato para persona a designar.

KEY WORDS: *Indirect representation. Contract for an as-yet unnamed nominee*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SIGNIFICADO TRADICIONAL DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA.—III. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1717: LAS COSAS PROPIAS DEL MANDANTE.—IV. INTENTOS DOCTRINALES DE SUPERAR LA TEORÍA TRADICIONAL EXPUESTA.—V. OPINIÓN PERSONAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Es pacífica la afirmación de que mediante el instrumento jurídico de la representación, los efectos jurídicos del negocio representativo, esto es, el que celebra el representante con el tercero, se desplazan directamente al patrimonio del representado. Pero parece ser que, al menos entre nosotros, es menos seguro determinar cuál sea la esencia del instituto. Tradicionalmente se ha pensado que consistía en la *contemplatio domini* o actuación inequívoca en nombre de otro, bien porque así lo manifestaba expresamente el representante, bien porque así se infería de signos externos concluyentes: *contemplatio ex re* (las cosas propias del mandante del artículo 1717, II, CC.), o *contemplatio ex facti circumstantiis* (por ejemplo, la actuación del factor notorio prevista en el artículo 286 del C. de C.). Sin embargo, autores tan prestigiosos como GULLÓN o DÍEZ-PICAZO han mantenido que lo que caracteriza a la representación es la gestión del interés del representado, ya se produzcan los efectos del negocio representativo directa o indirectamente en la esfera del representado¹. La respuesta que se dé a esta cuestión es decisiva para la aceptación del instituto del que pretendo ocuparme en este trabajo: la llamada representación indirecta. Porque en esta, el representante podrá obrar en interés del representado pero desde luego actúa en su propio nombre, en su relación con el tercero, de suerte que el tercero ni sospecha que el interesado en el negocio puede ser persona distinta de aquella con quien está contratando. Nadie sabe que está gestionando el interés de otro porque él oculta su cualidad de representante. Por tanto, si la esencia de la representación estriba en la actuación en nombre de otro, es llano que el representante indirecto no es representante, ni puede admitirse la sedicente figura. Pero si lo que caracteriza al instituto es la actuación por cuenta o interés de otro, entonces bien puede admitirse la figura que estudiamos.

2. La verdad es que no deja de sorprender que se haya planteado en Derecho español —especialmente en la doctrina—, este tema de la representación indirecta, que no parece haya preocupado fuera de España, como veremos más

adelante. Y es que, al pronto, uno está tentado de decir: o es representación o es indirecta, pero las dos cosas no puede ser. Si el agente actúa en representación de otro, habrá representación; y si no actúa en representación de otro, no habrá tal cosa. Pero pretender que hay representación aunque se obre en nombre propio provoca cierto sobresalto.

Acaso el origen de tan singular preocupación, como es la de buscar vías para que los efectos jurídicos de un negocio se desplacen al patrimonio de una persona que no intervino en él ni por sí ni por representación conocida o al menos conocible, se halle en el artículo 1717 del Código español. En efecto, el pensamiento doctrinal del siglo XIX sobre la materia era claro: el mandatario obraba siempre en representación del mandante, y el comisionista lo hacía en nombre propio². Tal era la regulación del Código francés (art. 1984) y tal la que adoptó el Código español. Pues bien, dentro de una regulación en que el mandato siempre es representativo, nos sorprende el artículo 1717 al prever que el mandatario puede obrar en su propio nombre, hipótesis difícil de explicar porque en la mentalidad del Código es como negar que exista mandato. Y en coherencia con esa mentalidad, ordena que en semejante caso no haya vínculos entre mandante y tercero. Obvio: es una perogrullada. Pero, ¿a qué viene semejante previsión? Desde luego en el Proyecto de 1851 el precepto de marras no tenía equivalente, y MANRESA afirma que tampoco se hallan precedentes en las leyes de Partidas³.

3. Como decía, hasta donde sé, en otros ordenamientos jurídicos no es tema que preocupe. Indicaba que para el Código francés el mandato siempre es representativo, de modo que no se concibe que el mandatario pueda actuar en nombre propio: en virtud del mandato, el mandante «*donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom*» (art. 1984). El Código italiano distingue claramente *mandato con rappresentanza* (art. 1704) y *mandato senza rappresentanza* (art. 1705): en el primero funciona la eficacia directa sobre el representado; en el segundo, es el mandatario el que adquiere derechos y obligaciones, sin perjuicio, como es normal, de la ley del mandato en cuya virtud, «*el mandante può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato*» (art. 1705). Pero tampoco se encuentra referencia alguna a esa peculiaridad de actuar en nombre propio y querer que el negocio con el tercero sea eficaz para el principal. Tampoco encontramos semejante pretensión de heteroeficacia en el Código alemán: «...Si la voluntad de actuar en nombre ajeno no resalta visiblemente, no se toma en consideración la falta de voluntad de actuar en nombre propio» (art. 164, II).

Suele afirmarse que en el Common Law existe la posibilidad de que quien actúa *nomine proprio* pueda vincular el patrimonio de su principal (*undisclosed principal*)⁴, pero creo que esta posibilidad tiene poco que ver con el reconocimiento de la representación indirecta. Lo que se admite en Derecho inglés es que la revelación postrera del actuar por cuenta de otro —y concurriendo algu-

nos requisitos— faculte al tercero para estimar obligado bien al agente bien al principal⁵. Pero semejante previsión más parece una sanción que otra cosa: para proteger al tercero a quien se estima víctima de una actuación poco fiable se le concede esa alternativa, y bien entendido que una vez realizada la opción ya no cabe vuelta atrás. Esta solución casa muy bien con el utilitarismo anglosajón, pero desde luego resulta de difícil explicación dogmática porque no es fácil de entender que la eficacia de un negocio dependa de un hecho postrero a su celebración y que no fue objeto de consentimiento, como es el de la elección de una de las partes. Desde luego, entre nosotros, los defensores de la representación indirecta no piensan de ninguna manera que la actuación del mandatario sea ilícita, ni siquiera parcialmente, como para dar lugar a una sanción.

Finalmente, tampoco parece que los Principios de Derecho Europeo de Contratos, aludidos en nota 4, vayan a favor de la singularidad que significa actuación en nombre propio pero eficacia para otro, con quebranto del viejo brocardo *alteri stipulari nemo potest*. El esquema diseñado en los artículos 3.301 a 3.304 de los PECL sigue el criterio tradicional: agente y tercero son los que quedan vinculados, sin perjuicio de algunas excepciones que ni de lejos tienen que ver, en rigor, con el instituto de la representación indirecta, aunque así la llamen: en primer lugar esas excepciones —que nunca pueden perjudicar al tercero— son casos de sustitución procesal más que otra cosa porque bien a las claras se dice que el principal puede realizar los derechos adquiridos por el intermediario —luego son de este, no del principal—, y, además, es evidente también el carácter sancionador de la excepción⁶.

4. Dicho lo anterior, hay que reconocer —y probablemente ahí radica la razón del esfuerzo de los autores que reconocen la representación indirecta, en sentido verdadero, esto es, como verdadera representación, causante de efectos inmediatos en el patrimonio del representado—, hay que reconocer, digo, que existe una necesidad real que puede ser satisfecha con el mecanismo que estudiamos. En efecto, bien puede suceder, y cualquiera con alguna experiencia práctica lo confirma, que un contrato solo pueda llegar a celebrarse si se oculta la personalidad de uno de los contratantes, o al menos cerrarse en condiciones determinadas: un vendedor nunca vendería la cosa a su enemigo aunque sí a otra persona; o un vendedor exigiría más precio del razonable si sabe el interés particular de quien aparece como su comprador potencial, precio que se rebajaría si fuera otro el comprador; en fin, son infinitas las hipótesis en que el negocio solo se celebraría si se ocultaran determinadas circunstancias personales que concurren en uno de los contratantes. De ahí que resulte muy práctico que aparezca otra persona como contratante. Sin embargo, creo que puede satisfacerse esa necesidad por otra vía, según intentaré mostrar en la última parte de este trabajo. Intentarlo mediante el reconocimiento de la pretendida representación indirecta supone forzar la dogmática jurídica más de lo conveniente. Es claro que la dogmática debe estar al servicio del tráfico jurídico y no al revés, pero,

primero, el respeto por la dogmática es más útil y práctico de lo que puede parecer, y, segundo, es que normalmente suele ser posible transitar por otros caminos menos rompedores.

II. EL SIGNIFICADO TRADICIONAL DE LA REPRESENTACIÓN INDIRECTA

1. Pretendo en este epígrafe recordar lo que se viene entendiendo tradicionalmente —y creo que aún ahora mayoritariamente— por representación indirecta, aunque como se irá exponiendo tengo mis reparos a semejante concepto porque no creo más que en una representación. La llamada indirecta no es representación. Sin embargo, como se trata de que nos entendamos, a partir de ahora aceptaré la denominación y su significado tradicional que, es bien sabido, consiste en que como el mandatario o representante oculto actúa no como representante sino en su propio nombre, sobre su patrimonio se anudan los efectos del negocio representativo que ha celebrado con el tercero. Y será menester que luego, y en cumplimiento de sus obligaciones como mandatario, celebre otro negocio con el mandante para derivar a su patrimonio los efectos del negocio representativo.

Ya desde el Derecho Romano, si el que gestionaba los asuntos de otro, bien en virtud de un cargo familiar, bien en virtud de negocio, bien como gestor sin mandato, concluía un contrato en interés del otro, el único medio de que los resultados prácticos de ese contrato se trasladasen a la esfera del interesado era a través de un nuevo negocio, que habría de celebrarse entre gestor e interesado⁷. Y así se ha entendido el artículo 1717, que expresa: «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario».

La cosa está clara: cada cual vincula su propio patrimonio. Si el mandatario actúa en su nombre, él es el que adquiere derechos y obligaciones frente al tercero. La letra de la ley no creo que permita otra interpretación. La referencia a «no tener acción» no puede tener segundas intenciones. La acción es una consecuencia del derecho subjetivo, de manera que tener o no tener acción vale como tener o no tener derecho. Y tampoco me parece que tenga mayor alcance el reconocimiento legal de que «el asunto no es personal» del mandatario: evidentemente, no es personal suyo, pero lo que desconocemos es si ello tiene alguna relevancia: porque lo que todavía no sabemos con seguridad es si, como

advertía al principio, la esencia de la representación consiste en la actuación en nombre de otro o en la actuación en interés de otro, que es lo mismo que reconocer que el «asunto no es personal suyo». Insisto: esta era la interpretación tradicional que no ha sido modificada, ni mucho menos, sin perjuicio de alguna vacilación, que veremos. Vale la pena transcribir el brillante resumen de la cuestión que hacía la STS de 17 de diciembre de 1959 (marginal de Aranzadi 1960/1209), cuyo ponente fue un jurista prestigioso, Francisco Bonet Ramón:

«Que desintegrado el concepto del Código Civil francés sobre el mandato en dos figuras autónomas, la interna de gestión —mandato— y la externa de representación directa —poder— pueden darse los siguientes supuestos: Primero. El complejo —mandato y poder unidos—, aunque instituciones independientes, conexas en su nacimiento e interferidas en sus efectos; Segundo. El simple poder sin mandato, esto es, la representación directa, principalmente voluntaria, que no obedece a un mandato en sus relaciones internas entre dominus y procurator; y Tercero. El simple mandato sin poder, mandato puro, exento en absoluto de representación directa, privado de todo actuar en nombre del mandante, reducido el mandatario a obrar exclusivamente en su nombre, si bien por cuenta y encargo de su mandante... Que en el mandato sin poder, el titular único de las relaciones jurídicas de los actos realizados con los terceros es el mandatario, gravitando sobre su patrimonio las obligaciones contraídas, así como forman parte del mismo los derechos adquiridos, aunque esa titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante que queda extraño a esas relaciones jurídicas».

2. Resumida la doctrina tradicional, el punto más complicado es el aludido en el inciso final de la sentencia antes transcrita: «...aunque esa titularidad sea necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante que queda extraño a esas relaciones jurídicas». Como el agente actúa en su propio nombre, sobre su patrimonio se anudan los efectos del contrato que celebró con el tercero. Y como se halla vinculado por contrato de mandato con su mandante, está obligado a derivar hacia el patrimonio de este aquellos efectos que provisionalmente se habían desplazado sobre el suyo. Si el mandatario compró una cosa por cuenta del mandante, aquella se encuentra en el patrimonio del primero, pero el destinatario de la misma ha de ser el mandante, por virtud de la ley del mandato; pero, ¿cómo se la hace llegar?

La doctrina aborda estas cuestiones distinguiendo los dos casos paradigmáticos en la problemática de la representación indirecta: el mandato para enajenar y el mandato para adquirir. Examinemos ambos supuestos, porque las soluciones son aplicables *mutatis mutandis* para otros negocios jurídicos que pueda

concertar el agente que actúa en su propio nombre pero por cuenta o interés de su mandante.

En el mandato para enajenar el dueño encomienda a su agente que venda una cosa de su propiedad, si bien en esa venta aparecerá como vendedor el agente o mandatario que será quien concierte la compraventa con el tercero. Pero al final de lo que se trata es de que la cosa llegue a la posesión del comprador o tercero, y de que el precio que este pagó llegue al dueño o mandante. ¿Y cómo se consigue esto? NÚÑEZ LAGOS sostiene que, en primer lugar, el dueño ha de hacer una venta o donación simulada a favor del agente, de suerte que este ya queda legitimado para actuar en el tráfico jurídico, y puede vender al tercero. Sería una simulación relativa porque el negocio disimulado es el mandato inter partes⁸. ALFARO resuelve el problema con apoyo en la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 1717 —que se trate de cosas propias del mandante—, de la que luego nos ocuparemos, y en consecuencia estima que a pesar de que el gestor actúa en propio nombre, la cosa se transmite directamente del dueño al tercero por disposición legal⁹. JORDANO acude al negocio fiduciario: el dueño transmite la cosa *fiduciae causa* al agente, a los meros efectos de que pueda transmitirla a su vez al tercero¹⁰. Finalmente, ALBALADEJO separa efectos reales y efectos obligacionales, de suerte que la transmisión de la cosa es directa, pero las obligaciones se trenzan entre agente y tercero¹¹.

No puede negarse la artificiosidad de las soluciones propuestas y, en mi opinión, su escaso poder de convicción. Sin entrar en una crítica pormenorizada, muy tediosa, baste pensar en las posibilidades reales de inscribir en el Registro de la Propiedad, primero, la transmisión, sin causa o con una causa no reconocida legalmente, del dueño al agente y luego la segunda, del agente al tercero, sin causa porque no recibe el precio y con él la contraprestación: obviamente, el dinero será para el mandante.

En el mandato para adquirir, los problemas son semejantes. GULLÓN resume el núcleo del problema: en alusión a la necesaria transmisión que habrá de hacer el gestor a favor de su mandante, en cumplimiento de la ley del mandato, después de haberla adquirido del tercero, «¿a través de qué cauce jurídico que no sea una compraventa simulada es posible realizarla?¹²». Como veremos más adelante, este autor y otros cortan por lo sano identificando representación indirecta y representación directa. La jurisprudencia resuelve la cuestión de la eficacia del mandato representativo oculto, imponiendo al mandatario que obra en su propio nombre la obligación de otorgar un segundo documento por cuya virtud se transmita al mandante las cosas adquiridas por su encargo e interés, pero no en su nombre. Solución que evidentemente puede aplicarse *mutatis mutandis* cuando el negocio representativo sea distinto que el de compraventa¹³. El Tribunal Supremo, en las resoluciones abajo indicadas, habla de documento en que se reconozca la propiedad del mandante, de escritura de reconocimiento, etc., y suele afirmar que la causa de este segundo negocio jurídico mediante el

que el gestor cumple con la obligación interna que tenía con su mandante es cabalmente la *causa mandati*. Pero de nuevo el artificio no resulta convincente. La *causa mandati* identifica un contrato muy preciso, el de mandato. Pero que también sirva para identificar un contrato traslativo de dominio ya es más que discutible. También GULLÓN¹⁴ admite esa llamada escritura de reconocimiento, aunque en otro sentido, que examinaremos más adelante. Para este autor tal escritura tendría un valor meramente declarativo por cuanto entiende que el mandante adquiere directamente, de modo que con la escritura de lo que se trata es simplemente de dejar las cosas claras y sobre todo —añado yo— de cumplir la ley del tracto sucesivo y permitir el acceso al Registro. Pero en el sentir de la Jurisprudencia, la escritura tiene carácter constitutivo por cuanto a su través se transmite la propiedad del gestor o mandatario a su mandante.

Hasta aquí la doctrina tradicional sobre la llamada representación indirecta: los efectos se producen en el patrimonio del agente pero luego este ha de realizar un segundo negocio para derivarlos al patrimonio del representado. Y las expuestas son las soluciones ofrecidas para explicar ese segundo traslado a que obliga el contrato de mandato celebrado entre mandante y mandatario.

III. LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 1717: LAS COSAS PROPIAS DEL MANDANTE

Recordemos que el precepto transcrito contenía una excepción: Exceptuáse el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Varios son los temas que surgen al hilo de este precepto. Ya he manifestado más arriba la perplejidad que provoca este artículo al ordenar algo tan perfectamente superfluo como decir que si el mandatario obra en su nombre, es él y nadie más el obligado por el negocio. No obstante al estar ubicado dentro del título dedicado al mandato (a la representación), ha permitido a doctrina y jurisprudencia hablar de representación indirecta, como si este artículo le hubiese dado carta de naturaleza. Y aún se han complicado más las cosas con la excepción transcrita porque resulta que, en ese caso, parece ser que la actuación del agente equivale al mecanismo de la representación directa: queda abierta la puerta para reconocer eficacia directa a la actuación *nomine proprio*, y es sabido que, con frecuencia, el portillo angosto termina convirtiéndose en espaciosa entrada. Y así, un sector doctrinal del máximo prestigio ha venido a reclamar la misma eficacia ya se trate de una u otra modalidad de representación. En lo que sigue, intentaré mostrar cuál es, en mi modesta opinión, el verdadero alcance y significado de esta excepción.

A. Ante todo, hay que identificar el supuesto: ¿de qué estamos hablando? ¿Qué quiere significar el Código con la expresión «cosas propias del mandante»? Caben dos interpretaciones. La que podemos denominar amplia —y que cuenta con apoyo jurisprudencial—, entiende que la expresión valdría como «asuntos

propios del mandante»¹⁵. En cambio, hay otra interpretación estricta que prefiere la lectura literal porque como por hipótesis siempre estamos ante un asunto del mandante o representado, con esta interpretación extensiva la excepción se habría convertido en regla general, como indica Díez-PICAZO¹⁶. Si se mantiene la lectura literal del precepto, entonces el único caso previsto en este inciso del artículo 1717 sería el del llamado mandato para enajenar¹⁷.

Yo me inclino, sin embargo, por la teoría amplia. Veamos. Probablemente la clave para la correcta interpretación del inciso que nos ocupa se halle en la justificación o explicación del mismo. ¿Por qué si las cosas pertenecen al mandante, este queda vinculado aunque el mandatario o representado haya actuado en su propio nombre? La explicación que ofrecen los partidarios de la interpretación estricta no convence: se suele decir que es muy lógico que el Código vincule en el caso al mandante por cuanto al ser el propietario de la cosa enajenada, su intervención es indispensable para transmitir el dominio, lo que no podría hacer el mandatario actuando *nomine proprio* por carecer de la cualidad de dueño. La explicación me parece equivocada. En primer lugar, tan necesaria es la actuación del propietario para transmitir la cosa, esto es para afectar su patrimonio, como para la eficacia de cualquier otro acto jurídico que también afecte su patrimonio, aunque no sea acto dispositivo sobre cosa de su dominio. En segundo lugar, es que ni siquiera es cierta en todo caso aquella afirmación: se puede causar la transmisión de la cosa *a non domino*, en virtud de la doctrina de la apariencia jurídica, siempre que concurren los requisitos exigidos: en virtud de este instituto aunque el propietario no realice el acto traslativo, el adquirente puede convertirse en nuevo propietario¹⁸. ¿Cómo explicar entonces la excepción de este precepto?

En mi opinión, en esta frase lo decisivo no es la pertenencia de las cosas sino la situación fáctica que revela y de la cual el tercero puede inferir la legítima presunción que le permite aceptar la actuación del mandatario. Fiado en la apariencia que se ofrece a su vista, el tercero acepta contratar con el representante, aun cuando sabe que el obligado será el otro. Lo que quiero significar es que el escenario que contempla el artículo 1717, II, es el de un tercero que negocia con un señor (representante) que actúa en su propio nombre pero sobre cosas que ambos saben pertenecen a otra persona (representado). Ante semejante situación fáctica, una de dos, o el tercero piensa que representante y representado están conformes en que los efectos del negocio representativo se desplacen al patrimonio del dueño de las cosas, o estima que uno de los dos o ambos están delinquiendo o por lo menos realizando un ilícito civil y obviamente se abstendrá de toda relación.

Pero ya se comprende que entonces no tiene sentido reducir el término «cosas» a bienes materiales muebles o inmuebles. Lo determinante es el estado fáctico que se ofrece ante terceros y sobre el que se monta la apariencia jurídica que, a la postre, permitirá la actuación eficaz de las partes contratantes. Lo

decisivo es que todos conocen ese estado fáctico del que se puede inferir, sin abuso dialéctico, la regularidad de la actuación de unos y otros. Ahora bien, la apariencia se proporciona a través de la pertenencia pública de cosas materiales o de asuntos: por ejemplo, y se puede repetir el ejemplo hasta el infinito, el mandatario adquiere suministros para un hotel; o contrata la pintura de un establecimiento; o trabajadores para tareas agrícolas de una finca, etc., y en todos los casos, actúa en propio nombre pero todos saben que el interesado en el negocio es otro. A esta interpretación amplia que equipara cosas y asuntos se llega posiblemente también si comprendemos en el ámbito de la excepción los tres bloques de negocios que a la postre pueden entenderse comprendidos bajo la expresión «cosas propias del mandante»: negocios que persiguen transmitir la cosa del mandante; negocios que tienden a establecer un derecho real limitado sobre cosas del mandante; y negocios cuyas prestaciones tendrán por objeto cosas del mandante¹⁹.

2. Entramos así en la siguiente cuestión que se suscita al reflexionar sobre el artículo 1717, II, del Código: la naturaleza jurídica de semejante disposición: Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Con lo dicho queda clara mi opinión: estamos ante un supuesto más de apariencia jurídica. Pero habrá que explicar algo más el asunto. He definido la apariencia jurídica como «aquella institución por cuya virtud el Ordenamiento jurídico reconoce eficacia a una situación jurídica que, de suyo, habría de ser ineficaz por apoyarse en otra anterior que resulta incierta, pero que se ofrece externamente como regular, por aparecer adornada de signos exteriores suficientemente verosímiles»²⁰.

En principio, si una persona obra en su propio nombre de ninguna manera puede vincular el patrimonio de otro (cfr. art. 1259 CC). Pero si los signos externos concurrentes en la actuación de esa persona —el mandatario *nomine proprio*— permiten razonablemente pensar que lo actuado se está haciendo en nombre y por cuenta de otro —el mandante oculto— entonces el Ordenamiento jurídico toma como supuesto de representación lo que en buenos principios no lo sería. Prescindiendo ahora de la exposición completa de los requisitos que exige la aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica²¹, el que ahora nos interesa sobremanera es el que llamo requisito objetivo o material, que alude a la situación fáctica o de hecho en que se apoya el tercero o persona beneficiada por la apariencia: viene representado por el conjunto de signos exteriores que habitualmente y de conformidad con el Ordenamiento, indican una determinada situación jurídica que es, cabalmente, la que induce a obrar a quien percibe aquellos signos, aunque en el caso de apariencia aquella situación no existe. En efecto, en la actuación sobre cosas que manifiestamente pertenecen a otro, situación que es conocida tanto por el que actúa sobre dichas cosas como por el que se relaciona jurídicamente con él —el tercero—, lo que se entiende normalmente es que ése que actúa sobre cosas o asuntos que no son suyos, lo hará por contar con el consentimiento del dueño y, por ende, que está actuando en su

representación, con los efectos que esta actuación produce. Por tanto, aunque, en rigor, o no tiene la representación del mandante dueño de los asuntos o no la está ejerciendo, y ello en buena dogmática significa que los efectos del negocio que concluya con el tercero se establecen entre su patrimonio y el del tercero, el Ordenamiento, al tomar en consideración que el tercero ha confiado en esos signos objetivos y externos indicados, permite que se produzcan los mismos efectos que se producirían si la situación fuera regular, esto es, si hubiera actuado en nombre del mandante.

Pero hay dos puntos todavía que conviene aclarar. El primero, al que de pasada se ha aludido ya, es que la pertenencia de las cosas o asuntos al mandante ha de ser hecho notorio o conocido para el tercero con el que contrata el mandatario *nomine proprio*. Lo decía con claridad la STS de 8 de junio de 1966, (Aranzadi 1966/3023): «...mas cuando las cosas del *dominus* no tienen notoriedad suficiente para montar un poder por apariencia, solo existirá una responsabilidad *adjectitia qualitatis*, una *actio de in re verso* para reclamar no las obligaciones del contrato al *dominus*, sino solo el enriquecimiento, supuesto que en general alcanzará aplicación cuando el tercero hubiera tenido conocimiento de que la cosa pertenecía al mandante después de haber contratado con el mandatario»²². Siguió esta tesis la STS de 1 de diciembre de 1982 (1982\7454): «...En desviación de las reglas del mandato no representativo, el párr. 2.º del artículo 1717 excepciona el caso de que se trate de cosas propias del mandante, situación en la que se produce una *contemplatio domini* tácita, generándose un poder de apariencia *ex facti circumstantiis sive ex re* —SS de 8 junio 1966 (*RJ* 1966\3023) y 28 noviembre 1973 (*RJ* 1973\4340)—, siempre que sea manifiestamente ajeno el bien o interés a que se contrae el negocio y resultar esta circunstancia conocida de la otra parte...». Doctrina reiterada en la de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005\3751). Solo si se da ese conocimiento por parte del tercero puede considerársele beneficiario de la apariencia: es preciso que haya confiado en la situación fáctica que se ofrecía a la vista, pero para eso ha de conocerla.

Pero no podemos ocultar cierta dificultad en la construcción que propongo. Porque al conocer, percibir y apoyarse en la situación fáctica, en los signos externos que constituyen el requisito objetivo de la apariencia, es claro que el tercero advierte que las cosas sobre las que va a contratar no son de la otra parte contratante, sino de una persona que se oculta o que no actúa en el negocio. Este dato objetivo que conoce le lleva a pensar razonablemente que el verdadero interesado en el negocio no es la persona con quien contrata sino la otra, la que es dueña de la cosa objeto del contrato. Pero no es menos cierto que también advierte un hecho que desentona, como es el de que su contraparte en el negocio actúe en su propio nombre y no en el del dueño de las cosas o asuntos. Sin embargo, esta irregularidad, evidente, creo que no es suficiente como para enervar la fuerza del otro dato fáctico más poderoso: el de la pertenencia de

las cosas al mandante. El tercero puede explicarse la irregularidad por razones personales del mandante que prefiere pasar oculto, y respeta ese deseo, que a la postre para él no va a tener ninguna trascendencia²³.

Acabamos de ver cómo la STS de 8 de junio de 1966 habló de poder por apariencia, consecuencia o efecto lógico de la notoriedad suficiente de los hechos contemplados por el tercero que contrata con el mandatario *nomine proprio*. Sin embargo, la Jurisprudencia también maneja otra explicación sobre la excepción de las cosas propias del mandante que nos ocupa. Las SSTS de 22 de abril de 2005 (RJ 2005\3751) y 3 de enero de 2006 (RJ 2006\130). En estas sentencias se habla de una *contemplatio domini ex facti circumstantiis sive ex re*, esto es, tácita. Leemos en la primera de las citadas: «Ciertamente, en el caso de actuación por el mandatario en nombre propio sobre cosas propias del mandante, el conocimiento de esta situación por los que contratan con el mandatario determina una «*contemplatio in re*» que hace desaparecer la «*denegatio actionis*» (típica del mandato puro —no representativo—) entre el mandante y aquellos contratantes. Es decir se produce, en tal perspectiva, los mismos efectos de la representación directa (mandato representativo). En suma, el efecto directo sobre el patrimonio del mandante en la sombra se justifica porque el mandatario obra en virtud de representación tácita conferida por aquel. Opinión que no satisface a ALBALADEJO porque, en su criterio, si el agente actúa en su propio nombre, aunque sea sobre cosas propias del mandante, no puede ser representante tácito²⁴. En efecto, el argumento no es baladí. Se recordará que este dato fáctico y jurídico, cual es el de la actuación en nombre propio, también era un tropiezo para la explicación basada en la apariencia jurídica. A mi juicio, puede sortearse mejor para aceptar esta última explicación que yo sostengo, que para admitir la tesis de la representación tácita, respecto de la que sin duda significa un valladar difícilmente superable.

Para terminar este recorrido sobre la naturaleza jurídica de la excepción contenida en el párrafo II del artículo 1717, puede citarse la STS de 21 de marzo de 1995 (RJ 1995\2051): «...no obstante, concertarse la ejecución de las obras a medio exclusivamente de los otros demandados, lo normal y sugerido era entender que, aunque estos contrataran en nombre propio, lo hacían por cuenta ajena, o como fiduciarios o testaferros de la recurrida, propietaria frente a terceros del bien que soportaba la obra...». Se acude pues a las figuras del testaferro o fiduciario, que realmente no conocemos en Derecho positivo español, por más que la doctrina, desde don FEDERICO DE CASTRO, se haya ocupado del negocio fiduciario, que presenta mucha inseguridad.

3. Hay una última cuestión que hemos de intentar aclarar, y es la siguiente: aceptado que se vincula el patrimonio del dueño de las cosas por la actuación del agente o mandatario, ¿queda este fuera del negocio representativo o también queda vinculado, juntamente con el mandante, frente al tercero? Importa recordar que el artículo 287 del Código de Comercio ordena: «El contrato hecho

por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal»²⁵. No pretendo la exégesis profunda o completa del precepto, pero sí he de detenerme en algunos puntos porque son cuestiones que también se presentan a propósito del artículo 1717, civil, según veremos. Esta norma mercantil me parece que se explica también perfectamente con la doctrina de la apariencia jurídica: aquí el elemento objetivo o fáctico consiste en el ejercicio del cargo de factor, dato conocido por el tercero, que le basta para entender, como es muy razonable, que lo que haga lo hace en nombre de su principal. Ello explica el desplazamiento de los efectos al patrimonio del principal. Pero además, resulta que el Código de Comercio le declara igualmente responsable. Y como existe similitud entre el supuesto mercantil y el civil, cabe preguntarse si la solución será la misma, de modo que el agente civil responda junto con su mandante frente al tercero.

En coherencia con la explicación que vengo ofreciendo —la basada en la apariencia jurídica— lo importante no es que la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal —aparte de lo que sigue, es que la introspección en las intenciones de la persona es muy insegura y ha de evitarse siempre que sea posible—, lo decisivo, digo, es que el tercero lo haya entendido razonablemente así al tiempo de contratar, con apoyo en lo que percibe: el ejercicio público del cargo de factor, que precisamente significa eso: que actúa en nombre y por cuenta del principal. Porque no pueden ser relevantes los descubrimientos a posteriori. Como señalé antes al hablar del Derecho inglés, no vale, creo yo, que después de la contratación se descubra esa actuación secreta, no comprendida en el consentimiento negocial al menos de una de las partes, y resulta que era en interés del comerciante, descubrimiento que al parecer cambiaría la eficacia jurídica de lo que se hizo sin conocerla. De modo que, según se pruebe o no que actuaba el factor por cuenta del otro, el contrato será eficaz para el principal y el factor o solo para este. ¿Y cómo se prueba? Porque si depende de las declaraciones del comerciante y su factor se vulneraría la prohibición del artículo 1256 del Código Civil —La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes—, y si se desprendía de datos externos objetivos al alcance de la observación del tercero, entonces estamos ante la eficacia de la apariencia jurídica, hasta el punto de que sería perfectamente indiferente que de hecho estuviera obrando por cuenta de su mandante o no: bastaría esa apariencia para que se causen los efectos de la representación directa.

Sentada la precisión precedente y que aclara el precepto —aunque sea mi opinión, perfectamente discutible—, enseguida surge otra perplejidad y que de nuevo exige una interpretación correctora, aunque conforme, me parece, al espíritu del precepto. En el caso de que se haya entendido que se está ante una

actuación en interés del principal, dice el artículo que la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal. Ya, pero ¿quién adquiere los derechos y obligaciones derivados del negocio representativo? Porque esto es lo importante, o al menos más importante que lo de la acción. Si, por ejemplo, el factor compró una partida de mercaderías para su principal, ¿a quién pertenecen? Es obvio, por aplicación de la doctrina que defiende, que pertenecen al comerciante y por tanto que es él quien viene obligado al pago. Que el Código haya querido además hacer responsable de ese pago al factor puede entenderse como una sanción por no haber actuado con nitidez y manifestado a las claras que estaba actuando en nombre de su principal, aunque siempre así lo entendiera el tercero cuando aceptó la contratación con el factor. Por esta razón no me convence ni me parece justa la solución legal: estamos ante un caso de representación por apariencia y los efectos deben ser los mismos que el de la representación directa, y a las claras. Pero, dejando aparte esta consideración, lo que me parece evidente es que la disposición del artículo 287 que comento ha de entenderse en el sentido indicado: todos los efectos del negocio representativo se desplazan al patrimonio del comerciante, que es quien adquiere los derechos y las obligaciones del contrato, aunque, además, el factor queda obligado frente al tercero al cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquel.

Desbrozado así el camino, procede que retomemos la cuestión principal que planteábamos al comienzo de este epígrafe: aceptado que se vincula el patrimonio del dueño de las cosas por la actuación del agente o mandatario, ¿queda este fuera del negocio representativo o también queda vinculado, juntamente con el mandante, frente al tercero? Hemos visto la respuesta del Código de Comercio: sí queda vinculado, aunque no explica cómo: ¿solidaria o subsidiariamente? Por tanto, al volver al Código Civil, hay que intentar resolver esas dos cuestiones: si responden los dos y con qué clase de vínculo. Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el precepto dice: En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. La excepción —que es lo que estamos estudiando en el epígrafe— no resulta particularmente expresiva. La lectura literal parece querer decir que no será el mandatario el obligado directamente, luego necesariamente habrá de serlo el mandante, pero no responde a la cuestión planteada de si, además, como sucede en el Código de Comercio, también responderá el mandatario.

La STS de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005\3751), citada, estima que el criterio más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto del tercero, aunque tampoco nos aclara más²⁶. Y desde luego no aclara si ambos han de responder solidariamente o no. Lo llamativo es que era un caso de la vida real y fueron dos las condenadas. Se trataba de la venta de unas viviendas e intervenían la constructora y dueña y otra empresa de gestión o mediación, pero que actuó en su propio nombre y no en el de la dueña de

los pisos. Se condenó a ambas a devolver determinadas cantidades a cada uno de los compradores demandantes. Y, en efecto, se afirma que esa compañía de gestión al actuar en relación con cosas propias de su mandante actuó sobre la base de una *contemplatio in re* que «produce los mismos efectos que un mandato representativo». Dice que para que se produzca esa *contemplatio in re* es menester que la situación sea conocida por el tercero contratante, esto es, que este sepa que el mandatario está actuando en relación con cosas del mandante, aun cuando no lo haga en nombre de este sino en el suyo propio. Pero siendo dos las condenadas, no dice cómo responden. Esto es curioso y arguye cierto habilidoso desentendimiento. En la doctrina que admite el instituto se ha planteado si en los casos de representación indirecta, responde solo el representado o si responden ambos, representado y representante, y si lo hacen parciaria o solidariamente. Pero que los tribunales no digan nada en un caso real... Y el caso es que la sentencia de primera instancia dice que condena a las sociedades demandadas a pagar determinada cantidad variable a cada uno de los diez o doce demandantes. Y el Tribunal de apelación confirma. Y el Tribunal Supremo desestima el recurso, pero ninguno nos dice cómo responden las condenadas. Me pregunto cómo fue la ejecución, si hubo de pedirse en vía judicial.

Como adelantaba, algunos autores sí dicen algo al respecto, pero poco. HERNÁNDEZ MORENO sostiene que quedan obligados mandante y mandatario pero no dice cómo²⁷. Y Beatriz FERNÁNDEZ mantiene la responsabilidad solidaria entre *dominus* y mandatario frente al tercero, *ex* artículo 287 del Código de Comercio²⁸. Abunda en esta opinión M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO²⁹. Pero el argumento no convence porque aparte de que el artículo invocado no dice explícitamente que estemos ante una responsabilidad solidaria, y la solidaridad no se presume (cf. art. 1137 Código Civil), de nuevo, y por coherencia con la doctrina de la apariencia jurídica, según la he entendido y explicado en la monografía aludida, no encuentro fundamento alguno para esta extensión de responsabilidad, que solo podría encontrar apoyo en el impreciso y discutible precepto mercantil que conocemos, que nada dice acerca de la calidad del vínculo entre ellos. Insisto en que en los supuestos de apariencia jurídica se producen los mismos efectos que en los supuestos regulares, pero no más. Otra cosa son las relaciones existentes entre mandante y mandatario y la responsabilidad que entre ellos pueda originarse, pero esto nada tiene que ver con el asunto que nos ocupa.

En suma, en mi criterio, la exégesis de la excepción «cosas propias del mandante», al filiar los supuestos aludidos en la doctrina de la apariencia jurídica no permite encontrar en dicha excepción argumento alguno, que pudiera extenderse o ampliarse a otros supuestos, para defender que en Derecho español se reconoce la representación indirecta. No son casos de esta pretendida institución sino casos que se tratan como de verdadera representación directa por el juego de la apariencia.

IV. INTENTOS DOCTRINALES DE SUPERAR LA TEORÍA TRADICIONAL EXPUESTA

Con carácter previo, cabe hacer una advertencia comprensible, a saber, los aludidos esfuerzos doctrinales no son sino intentos de generalizar para todos los supuestos de actuación por cuenta e interés de otro la misma solución que el propio Código da para los supuestos que llama sobre cosas propias del mandante. O sea, convertir en regla general la excepción del artículo 1717, y así, como para los casos exceptuados se impone la eficacia directa de la actuación del agente, la misma eficacia inmediata se extiende a todos los demás casos en que el mandatario actúe por cuenta del mandante que, en definitiva, son todos los demás casos que pueden comprenderse en el citado precepto, resultado interpretativo que no deja buen sabor de boca, porque desde luego contraviene frontalmente la letra del precepto y lo deja sin contenido. Por esta razón, habrá cierta reiteración al exponer seguidamente algunas opiniones, que ya se manejan a propósito de la interpretación de la excepción aludida del artículo 1717.

1. Decía al comienzo de este trabajo que pueden comprenderse los esfuerzos por equiparar la representación indirecta con la directa, por cuanto es innegable que determinadas operaciones mercantiles o civiles acaso no se llevarán a término, o se hicieran en condiciones más onerosas, de conocer una de las partes quien es la contraparte. En tales casos, el ocultamiento del verdadero interesado, haciéndose representar por un agente que actúa en nombre propio, aun cuando lo haga en interés y por cuenta del aquel, puede producir un resultado favorable para el interesado oculto y, además, justo porque evita esas condiciones más onerosas e injustificadas que le impondría la contraparte de conocer la identidad del interesado en el negocio. El problema es si esto puede hacerse en Derecho, porque no todo es posible. O quizás lo sea pero por otro camino distinto del que parece más tentador por su facilidad o sencillez, pero que implica quebrar la dogmática jurídica.

En efecto, el camino que aparece más hacedero es el de la equiparación entre ambos tipos de representación. En palabras de Díez-Picazo «existe representación siempre que el representante gestiona un interés del representado», al margen de que sus efectos se produzcan directa o indirectamente³⁰. La esencia de la representación consistiría para este autor en la gestión del interés ajeno. Que es lo que había defendido antes Gullón, al que cita y sigue Díez-Picazo³¹. Y antes que ambos lo había enseñado nada menos que Federico de Castro, cuya autoridad, creo, influye en el pensamiento de los otros dos señeros juristas³². Para los tres autores no hay reparos dogmáticos serios que impidan la eficacia directa sobre el patrimonio del representado de los actos del gestor que actúa *nomine proprio* pero por cuenta e interés del representado que permanece en la sombra. Lo dicho no obsta para que reconozcan que alguna especialidad sí ha de existir en el mecanismo de la representación indirecta: esos efectos directos

que, estiman, se producen directamente sobre el patrimonio del mandante, no eliminan el hecho de que, de cara a terceros, el contrato se haya celebrado entre mandatario y tercero, de manera que para aquellos terceros los efectos que deben tener en cuenta son los propios del contrato aparentemente celebrado. Dos relaciones, pues, una interna entre mandante y mandatario, y otra externa entre mandatario y terceros, incluyendo al propio tercero que con él contrató³³. Pero esta situación es insegura e incierta por lo que ha de clarificarse, lo que nos lleva a pensar en el Registro de la Propiedad. He aquí un obstáculo importante que han de superar los partidarios de la eficacia directa. Es obvio que en el mandato para adquirir, ningún registrador inscribirá a nombre del mandante sino del mandatario la adquisición inmobiliaria realizada por este, aunque haya sido en interés y con dinero de aquel. Paralelamente, en el llamado mandato para enajenar, tampoco inscribirá la compraventa en que aparezca como vendedor el mandatario y como comprador el tercero, por la sencilla razón de que ese mandatario no es el titular registral, por mucho que actúe en su interés o por su cuenta.

Por lo expuesto, los defensores de la representación indirecta con eficacia directa sobre el *dominus negotii* dan carta de naturaleza a una llamada escritura de reconocimiento mediante la que se declararía fehacientemente el verdadero juego de intereses, esto es, que el mandante titular registral era quien vendía, en rigor, y no el mandatario; o que el mandante era quien de verdad adquiría, y no su agente. Y con esta declaración formal y fehaciente se haría coincidir el Registro de la Propiedad con la realidad extrarregistral mediante los oportunos asientos.

Repárese en que esta escritura de reconocimiento no alude al segundo negocio que ha de hacer el mandatario para, en cumplimiento de la ley del mandato, transmitir a su principal los efectos del negocio representativo, que es lo que afirma la teoría tradicional, que solo acepta la representación indirecta en el sentido de plena incomunicación de efectos, sin perjuicio de la obligación del agente o mandatario de celebrar ese segundo negocio a favor del mandante. Ahora lo que sostiene, por ejemplo GULLÓN, es una escritura llamada de reconocimiento pero con carácter meramente declarativo y con el único fin de aclarar las cosas, de cara a la inscripción en el Registro de la Propiedad³⁴: la adquisición de efectos ya se habría producido directamente por el mandante, pero como de cara a terceros sigue apareciendo como adquirente el mandatario, se hace necesaria esa escritura meramente declarativa que confirma lo que se produjo desde el comienzo, desde la celebración del negocio representativo. Y algunos de los autores aludidos creen que pueden invocar a favor de esa escritura de reconocimiento los artículos 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria, en cuanto atienden al problema de la rectificación registral y la necesidad de hacer concordar realidad sustantiva y realidad registral, de modo que esa escritura sería el modo ordinario, sin necesidad de acción judicial, para conseguir esa

adecuación³⁵. Es indiscutible el deseo del aludido precepto —y los siguientes— por conseguir que realidad sustantiva y realidad extrarregistral coincidan, pero de ahí no se sigue que en Derecho español exista como medio de conseguir esa coincidencia la llamada escritura de reconocimiento. Pero es que, sobre todo, esta opinión hace supuesto de la cuestión: dan por cierto que el mandante es el titular del derecho de propiedad —o del que se trate— y no el mandatario, y precisamente eso es lo que se discute. En la doctrina tradicional, hasta que el mandatario realice el segundo negocio en favor del su mandante es el único propietario, aunque obligado a realizar ese segundo negocio que satisface los intereses del *dominus*.

Finalmente, tampoco convence el argumento del artículo 20, IV, de la Ley Hipotecaria, que sugiere Díez-PICAZO, para defender la aceptación por el Ordenamiento jurídico de la representación indirecta con efectos directos. Dice así el precepto: «No será necesaria la previa inscripción o anotación a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes». El autor citado entiende que estos mandatarios, representantes... son los que actúan en su propio nombre y por cuenta del representado, por cuanto a los mandatarios, representantes... que actúan en nombre del representado ya se refiere el último inciso del párrafo I. «Para inscribir... deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos». Sin embargo, pienso que ambos grupos no aluden a los que actúan en nombre ajeno y en nombre propio; sino que el primer párrafo se refiere a los representantes voluntarios y el párrafo cuarto se refiere a los representantes legales. Esta es la interpretación natural que se deduce del texto literal, que se remata aludiendo a los órganos de representación, obviamente de las personas jurídicas. Son casos evidentes de representación legal y en que siempre se actúa en nombre del representado. Lo que sí hay que reconocer es que tampoco se explica entonces la necesidad del precepto porque lo que está ordenando es una obviedad perfectamente superflua, salvo que el propósito del precepto fuera salvar la actuación en nombre propio de estas personas que notoriamente están actuando por cuenta e interés de otras. Me explico: lo que la norma quiere ordenar es que, dada la notoriedad de los cargos, tanto da la declaración de actuar en nombre ajeno o no, porque en cualquier caso se entiende que está funcionando la representación directa. No es que sea un supuesto de representación indirecta con efectos directos sino que sencillamente es un supuesto de representación directa. Pero la explicación no es entonces otra que la de la apariencia jurídica que ya he manifestado suficientemente. Sea como fuere, lo que me parece muy dudosa es la interpretación del prestigioso maestro citado, porque, aparte la literalidad del texto, es que no se acomoda en modo alguno al pensamiento y sentir del Código, que no puede decirse sea en general el de

admitir esos efectos directos en la actuación *nomine proprio*: podría aceptarse como algo excepcional, pero entonces cuando la Ley se refiere a una actuación por cuenta de otro hay que entender que está usando los conceptos generalmente admitidos y no los excepcionales.

La jurisprudencia, a pesar de que algunos han querido verla favorable a la tesis de la eficacia directa sobre el patrimonio del mandante, en mi opinión, es más bien contraria a semejante eficacia. La única sentencia de Tribunal Supremo que, salvo error por mi parte, acepta sin ambages la eficacia directa sobre el representado de la representación indirecta es la de 22 de noviembre de 1965 (marginal de Aranzadi 5410). En síntesis, los hechos eran así: un hermano realiza en su propio nombre una serie de adquisiciones pero con dinero de la comunidad hereditaria integrada por él mismo, otros hermanos y la madre de ellos. Los demandantes sostenían que el hermano adquirente había actuado como mandatario de los demás y por ello había pagado con dinero común, al paso que el demandado objetaba que había actuado en su propio nombre y por ende era propietario único de las cosas compradas. Como la Audiencia había reconocido que el hermano demandado había actuado por cuenta de los otros, el Tribunal Supremo —contra el criterio de la Audiencia— consideró que esa actuación por cuenta e interés de todos determinó que las adquisiciones se integraran directamente en la comunidad hereditaria y por ende hubieran de ser objeto de partición junto con otros bienes de aquella. Hay dos sentencias antiguas, la de 1 de mayo de 1900 y otra más moderna, de 10 de julio de 1946, que ciertamente dicen aceptar la posibilidad de la representación indirecta, en su sentido de propia representación, es decir, con vinculación directa del patrimonio del interesado, pero lo cierto es que no la aplican en ninguna de las dos, y resuelven los asuntos declarando la vinculación del mandante porque las cosas que habían sido objeto de contratación por el gestor en nombre propio pertenecían al mandante, que es la excepción del artículo 1717 del Código, que ya conocemos.

Y resulta significativo que la STS de 2 de junio de 1992 (*RJ* 1992\4989) en que podía haber hecho uso del mecanismo de la representación indirecta, no lo hace y más parece que reconoce la existencia de una representación directa pero tácita. En efecto, unos particulares habían comprado un local para sede del PNV, y se desprende de la interpretación del contrato que, en efecto, actuaban por cuenta de ese partido político, pero, como digo, en lugar de acudir al expediente de la representación indirecta prefieren afirmar que actuaban como representantes del partido, a pesar de que celebran el contrato en propio nombre. (Una especie de representación directa tácita).

Y nada más. Todas las demás sentencias sobre este particular rechazan el instituto que estudiamos³⁶.

¿Y qué piensa al respecto la Dirección General de los Registros y del Notariado? Tampoco ha tenido muchas ocasiones para pronunciarse. En 2004

no parecía muy proclive a reconocer el instituto del mandato no representativo con efectos directos en el representado (RDGRN 2 de septiembre de 2004, *RJ* 2004\6611), pero es cierto que dos años después parecía mucho más favorable. La Resolución de 6 de julio de 2006 (*RJ* 2006\6411) acepta la representación indirecta aunque puede afirmarse que sin efectos prácticos porque, a la postre, confirma la calificación negativa del registrador, si bien por entender que existe autocontratación, lo que sin duda era cierto. Pero quiero decir que hace un alarde doctrinal importante en favor de la representación indirecta y acepta expresamente una llamada escritura de reconocimiento de la propiedad del representado, inspirándose en el artículo 540 del Código, pero sin que ello tenga efectos prácticos, como queda dicho. Leemos:

«Desde este planteamiento, la tendencia hoy dominante se muestra partidaria de afirmar que la denominada representación indirecta o mediata es una auténtica forma de representación que, aunque de manera no exactamente coincidente con la representación directa, permite atribuir efectos directos a la actuación del representante, con lo que se define correctamente la posición de cada una de las partes. Dejando a salvo, en todo caso, la vinculación personal que se produce entre gestor y quien contrata con él (art. 1257 del Código Civil), y aunque no sea fácil elucidar desde el punto de vista teórico el mecanismo último que justifica que el dominio se transfiera a una persona diferente del contratante, se afirma en este planteamiento que la propiedad pertenece al *dominus* desde la consumación del contrato, que el gestor no es más que un poseedor en nombre ajeno (art. 439 y 463 del Código Civil) por lo que no puede llegar a adquirir el dominio por vía de usucapión ordinaria por falta de justo título (arts. 447, 1941 y 1952 del Código Civil) y que el *dominus* puede ejercitar la acción reivindicatoria frente a él. Confirma esta idea el artículo 80 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748) que recoge la tradición de los derogados artículos 908 y 909.4º del Código de Comercio de 1885.

En el mismo sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dudado en atribuir efectos directos para el representado cuando el carácter ajeno de la gestión del representante indirecto ha quedado suficientemente acreditado (Sentencias de 1 de mayo de 1900, 10 de julio de 1946, 17 de diciembre de 1959, 22 de noviembre de 1965, 2 de noviembre de 1970, 16 de mayo de 1983, 25 de febrero de 1994, 19 de junio de 1997, 18 de enero de 2000 y 31 de octubre de 2003).

Advierto que no es mi intención entrar en polémica con la Dirección General, pero no puedo compartir su opinión de que las citadas sentencias del Tribunal Supremo que invoca para confirmar su postura sean realmente confirmatorias de su criterio; antes bien, al

menos en algunas de ellas, ocurre todo lo contrario. Pero invito al lector interesado a revisar esas sentencias alegadas en su favor por la Dirección General y que forme su propia convicción al respecto. Sí es de considerar el argumento del artículo 540 del Código, según el cual «La falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme». Tenemos aquí una expresa mención del instrumento de marras, la escritura de reconocimiento, lo que permitiría el recurso a ella por analogía. Lo que sucede es que se alza el obstáculo que antes me permití señalar al comentar la invocación de los artículos 38 y siguientes de la Ley Hipotecaria: no puede hacerse supuesto de la cuestión. Si partimos de que, en efecto, el dueño de la cosa es el mandante, entonces podríamos aceptar ese instrumento de manifestar fehacientemente la realidad sustantiva, pero es que precisamente lo que se discute es eso: si adquiere el mandante o si lo hace el mandatario.

2. Como queda dicho, la tesis de la eficacia directa que acabo de exponer supone, sin duda, la postura doctrinal más extrema en materia de representación indirecta, hasta el punto de equiparar la actuación *nomine alieno* con la actuación *nomine proprio*, con tal de que en ambos casos actúe el agente por cuenta del mandante. Pero pueden señalarse otros intentos de reconocer eficacia menos intensos.

ALBALADEJO, en una aportación que nos recuerda la solución de la jurisprudencia inglesa a la que me referí en el epígrafe I, sostiene la tesis ortodoxa o tradicional de incomunicabilidad de efectos, pero entiende que el descubrimiento posterior de que el mandatario obraba efectivamente por cuenta e interés del mandante produce el efecto de que aquel salga del negocio representativo y el negocio quede establecido entre el verdadero interesado —el mandante— y el tercero..., siempre que consienta el tercero, advierte el autor citado³⁷. En mi opinión, esta última precisión es determinante: es que si consiente el tercero, ya no estamos en el negocio representativo primigenio, sino en otro por novación subjetiva. Pero esto no es eficacia directa de la representación indirecta sino la regla general de cada uno responde de lo que hace. Como señalé antes al comentar sumariamente el artículo 287 del C. de C., no veo cómo puede novar subjetivamente un negocio jurídico un hecho posterior en el que no intervienen las partes ni nadie con alguna intervención posterior a la celebración del negocio. Si no se manifiesta el interés del mandante entonces el contrato se entiende trezado entre mandatario y tercero, pero si se explicita aquel interés entonces las partes del contrato son mandante y tercero. Yo creo más bien que el negocio será el celebrado realmente: o desde el primer momento entendemos que el hecho relevante es el interés del principal y su persecución, aunque sea oculta, por el agente, y que ello determina que lo que haga el agente es como

si lo hiciera el principal, o bien entendemos que lo determinante es si el mandatario actúa en nombre propio o en nombre ajeno y, entonces, como actúa en nombre propio, el negocio se celebra entre agente y tercero, sin perjuicio de que luego el mandatario haya de realizar negocios posteriores, en cumplimiento de la ley del mandato. Pero la naturaleza de un contrato no puede ser distinta en función de que se conozca o no *a posteriori* un hecho previo y exterior al mismo, no cubierto por el consentimiento de las partes.

Otra opinión a que aludimos cuando examinábamos la excepción de las cosas propias del mandante, es la que podríamos llamar ecléctica que ni saca al mandatario del negocio representativo, ni lo anuda exclusivamente al patrimonio del mandante. Según esta opinión, ambos, mandante y agente quedan vinculados con el tercero por mor del negocio representativo. BEATRIZ FERNÁNDEZ, con apoyo en el artículo 287 del C. de C., entiende que hay responsabilidad solidaria del *dominus* y su agente frente al tercero, así como del tercero y el mandatario frente al *dominus*³⁸. No obstante, limita este régimen a los casos exceptuados, no lo extiende a todos los supuestos de representación indirecta o de actuación por cuenta de otro³⁹. Sin embargo, aparte del supuesto del artículo 287 del Código de Comercio, en el que con esfuerzo cabría aceptar la responsabilidad solidaria —aunque antes me manifesté en contra al tratar el asunto de las cosas propias del mandante—⁴⁰, en los demás a que alude esta autora, pienso que no encajan en la problemática que estamos estudiando, que no son casos de representación indirecta, y que se resuelven por otras vías. Pero en cualquier caso, y aun admitiendo que en algunos de los supuestos que enumera pudiera sostenerse esta responsabilidad solidaria entre mandante y mandatario, es evidente que por su carácter excepcional nunca podría extenderse la solución a otros casos no previstos. Y en la jurisprudencia no encontramos huellas de semejante opinión. Y la verdad es que se les presentó una ocasión pintiparada para entrar en el problema de la responsabilidad plural, fuera parciaria o solidaria, y no se pronunciaron: fue el caso juzgado en la STS de 22 de abril de 2005 (RJ 2005\3751), que ya conocemos: la comenté al final del epígrafe III.

V. OPINIÓN PERSONAL Y PROPUESTA DE SOLUCIÓN

1. Ciertamente, el Derecho es para la vida y no al contrario, de modo que si hay necesidades relevantes y estimables que aconsejan determinada solución jurídica, importa esforzarse para encontrarla. De hecho, así ha evolucionado la ciencia jurídica, desde el pretor romano. Pero no son despreciables las consideraciones dogmáticas porque una dogmática sensata, no hipertrofiada, es garantía de seguridad jurídica, lo que suele significar también garantía de justicia. En el caso que nos ocupa, ya advertí al comienzo de que pueden existir poderosas razones para que el verdadero interesado en el negocio se oculte y en su lugar

aparezca su mandatario quien habrá de actuar en nombre propio para conseguir ese ocultamiento de su mandante. En consecuencia, el Derecho debe tratar de dar respuesta a esa necesidad o legítimo interés, aunque, conviene advertirlo, el Derecho no lo puede todo. Pero me parece una respuesta equivocada intentar satisfacer ese interés por la vía de la representación, directa o indirecta, máxime cuando creo que existe otro camino que obtiene los mismos resultados, sin quebrar la dogmática de la representación.

2. Es el momento de concretar mi opinión —que se ha ido deslizando a lo largo de las páginas precedentes, sin duda—, sobre las cuestiones que hemos ido abordando y formular mi propuesta de solución. Y el tema capital no puede ser otro que el de determinar la esencia del fenómeno representativo: ya vimos que todo es diferente según se entienda que la representación consiste fundamentalmente en la actuación en nombre de otro, sin perjuicio de que también se haga en su interés, o que se estime que basta con la actuación en interés de otro para identificar el fenómeno que nos ocupa. Pues bien, en mi criterio, la mera gestión del interés ajeno no constituye representación. Y ello por dos razones.

En primer lugar, esa referencia a la gestión en interés ajeno no es sino la identificación del motivo personal por el que actúa el representante, pero los motivos personales no suelen tener relevancia en Derecho. No es el momento de reproducir la doctrina de la causa en el negocio jurídico y de los casos excepcionales en que los motivos personales se incorporan a aquella, pero baste esta pincelada para acreditar lo que digo. También puede el representante actuar por interés propio concurrente con el de su mandante, en el caso de la gestión retribuida de un abogado, por ejemplo. ¿Y si se probara que no existió ese interés del representado? ¿Será nulo por falta de poder el negocio representativo? Nadie lo diría. Piénsese en el negocio realizado por el representante legal de un incapacitado o menor: si el representante actúa deslealmente, sin servir al interés de su representado, el negocio, a lo sumo será rescindible, pero desde luego nadie dirá que la causa de la ineficacia es la falta de poder, que es lo que habría de decirse si la gestión del interés ajeno fuera la sustancia de la representación.

En segundo lugar es que esa referencia al interés, me parece que no es sino un modo de aludir al deber de cumplimiento que tiene el representante por haber aceptado el apoderamiento conferido. Cabalmente la realización del negocio representativo significa la ejecución del negocio de apoderamiento. Claro que es interés del poderdante que se celebre el negocio con el tercero, pero en términos jurídicos, insisto, eso no significa sino que el obligado cumple con su obligación que es satisfacer el interés del acreedor. Pero esto ocurre en todo negocio jurídico: el pintor que me pinta la habitación en ejecución del contrato de obra satisface mi interés; y el prestamista que me entrega la suma prestada hace otro tanto... etc. Y en ninguno de estos casos se dice que la esencia del contrato sea la gestión del interés del otro, aunque sin duda existe semejante gestión o satisfacción.

No es que el apoderado no gestione el interés de su principal: lo que afirmo es que ese hecho por sí solo no es relevante para caracterizar el instituto de la representación. El dato esencial, en mi opinión, es la actuación *in nomine alieno*, al que se une también, pero con carácter accesorio, el dato de la actuación por cuenta o interés ajeno.

Por consiguiente, si estoy en lo cierto, no hay más representación que la llamada directa y ello explica, como enseguida recordaré, que los esfuerzos por dar vida a una segunda modalidad de representación, que sería la indirecta, resultan estériles por no hacederos: es que no pueden llevarse a la práctica. Los intentos de trasladar los efectos del negocio representativo al *dominus* mediante un segundo contrato, o los esfuerzos por hacer que esos efectos deriven directamente del tercero al *dominus* no son realistas. En esta línea se encuentra LASARTE cuando califica de «relativo espejismo» el fenómeno de la representación indirecta porque en ella no hay fenómeno representativo «propriadamente hablando»⁴¹. A mí me parece el espejismo absoluto.

3. Añadamos a la descalificación total antecedente, algunas otras complementarias.

Por lo que hace al modo en que tradicionalmente se ha entendido la llamada representación indirecta, es que los medios propuestos para que el agente consiga trasladar al principal los efectos del primer contrato no convencen de ninguna manera. La conclusión que necesariamente se obtiene después de reflexionar sobre el asunto y revisar doctrina y jurisprudencia no puede ser otra, en mi modesta opinión, que la de reconocer que no sabemos dar respuesta jurídica al problema que supone ese segundo negocio que, según la doctrina tradicional de la llamada representación indirecta, habría de realizar el mandatario *nomine proprio* a fin de hacer llegar los efectos del negocio representativo a su mandante, por cuya cuenta actuó, y ello en cumplimiento de la ley del mandato. Dos obstáculos, primero, el de la causa como elemento esencial del negocio, que lo identifica, le confiere su esencia propia, y, segundo, el de la exigencia del tracto sucesivo para inscribir un documento en el Registro de la Propiedad se alzan y se presentan muy difíciles de eludir. Para transmitir el dominio no vale la causa de otro negocio, como pueda ser el del mandato o el del negocio fiduciario, que nadie sabe a ciencia cierta en qué consiste porque no tiene reconocimiento legal. Y el problema de la inscripción registral no es menor por mucho que se haya argüido que «las dificultades de registración son adjetivas o formales, y que en ningún caso puedan alterar los mecanismos del derecho sustantivo»⁴². No es el momento para entrar a debatir el carácter sustantivo o no de la registración, pero, a buen seguro, que desde la perspectiva del Derecho práctico o de la vida real, —¿y hay otra perspectiva?— no resulta de peso esa consideración. Cabalmente, por esa imposibilidad de encontrar solución jurídica al problema planteado, —y ello se explica fácilmente porque el Derecho no cumple funciones taumatúrgicas de modo que a nadie debe extrañar que

haya cosas que el Derecho no pueda hacer, por mucho que vivamos en esta civilización decadente que piensa que lo que destruyó la falta de Moral puede arreglarlo el exceso de Derecho—, por esa imposibilidad, digo, es por lo que autores de reconocido prestigio han optado por parificar representación directa y representación indirecta.

Pero tampoco estos esfuerzos —dicho sea por mí con la obligada circunspección—, resuelven los problemas indicados. Como lo que no se puede soslayar es que *erga omnes* aparezca como parte en el negocio representativo el agente que obró en su propio nombre, los autores que defienden esta doctrina moderna han de sugerir algún modo de hacer concordar la realidad visible o formal con la realidad sustantiva o verdadera, según ellos: esto es, de alguna manera ha de conseguirse que el *dominus* pueda hacer valer *erga omnes* su titularidad, y que decaiga la del agente. Y esto creen obtenerlo mediante la llamada escritura de reconocimiento. Pero de nuevo estaríamos ante un negocio sin causa: sin causa el primero; y sin causa este segundo. Y los obstáculos registrales —antes reseñados—, evidentes.

4. Como he venido anunciando, creo que existe una institución que permite alcanzar los fines a que responde la construcción de la representación indirecta, en cualquiera de sus modalidades, tradicional o moderna, sin sus inconvenientes dogmáticos y prácticos. Me refiero al contrato para persona que se designará. Y me complace remitirme al profesor DíEZ-PICAZO, de quien antes me he permitido discrepar⁴³. Porque este autor afirma sin ambages que una de las posibles finalidades de esta modalidad contractual es la que llama finalidad de gestión: «El estipulante se encuentra previamente ligado con el tercero, en cuyo interés actúa y del que es gestor o mandatario: Se trata de un fenómeno representativo en el que el representante actúa mediante una representación que se mantiene oculta o encubierta en la primera fase de la contratación. El tercero, que ha de ser el definitivo contratante, tiene interés en permanecer oculto durante la primera fase de la vida del contrato...». No puede decirse mejor, ni señalarse con más precisión el camino que resuelve las necesidades a satisfacer, que el propio autor ejemplifica: «...desea ocultar su categoría para evitar que le sea exigido un alto precio; tiene pudor o prejuicios para acudir una subasta, el temor de no ser el mejor postor, etc». Véase la definición que ofrece DíEZ-PICAZO del contrato para persona que se designará y se convendrá en que se ajusta como el guante a la mano para conseguir los fines que se asignan al instituto que hemos estudiado y rechazado, pero sin sus inconvenientes: «aquel contrato... en el cual uno de los contratantes, al que llamamos estipulante, se reserva la facultad o la posibilidad de designar en un momento posterior y dentro de un plazo al efecto prefijado a una tercera persona, que en el momento de la celebración del contrato es desconocida o ha quedado indeterminada, la cual ocupará en la misma relación contractual el lugar del estipulante, desligándose este de la misma».

Lo que no puedo compartir, como es claro por lo expuesto hasta ahora, es la caracterización de la figura como «fenómeno representativo». A mi juicio, no hay tal porque no hay agere in nomine alieno. Hay lo que hay: un contrato en dos fases, como acertadamente explica el profesor mencionado. Sucede que esta forma de contratar puede obedecer, bien a iniciativa personal del estipulante, pensando en encontrar durante el plazo obtenido al contratante definitivo a quien subrogará en su lugar, bien obedecer a una relación previa entre estipulante y tercero, que obligará al primero a esa posterior designación a favor del segundo. Y si no lo hace, responderá por el incumplimiento de la relación jurídica subyacente entre estipulante y tercero (mandato, contrato de servicios, de trabajo, etc.). Pero de cara al promitente y de cara a terceros no hay más que lo que está a la vista.

Hay una STS, la de 11 de junio de 1965 (A. núm. 3817) en que podría haberse aceptado expresamente la solución que propongo, pero la verdad es que la *ratio decidendi* queda «*blowing in the wind*», como la respuesta de Bob DYLAN. El tío de dos arrendatarios compra la finca arrendada en documento privado. Los arrendadores y vendedores saben que los sobrinos han encargado al tío la compra aludida. Tiempo después, los vendedores otorgan escritura pública de compraventa a favor de los sobrinos arrendatarios. El tío demanda a todos reclamando la nulidad de la escritura y el reconocimiento de su titularidad dominical. Lo curioso y llamativo, a mis efectos, es que en el documento privado se había pactado entre las partes que se otorgaría la escritura pública a favor de la persona que indicase el comprador. Por esto digo, que el TS, que de conformidad con los anteriores tribunales, da la razón a vendedores y sobrinos podría haberse acogido a la mencionada cláusula y afirmar que, en presencia de un contrato para persona a designar, el otorgamiento de la escritura pública no era sino el cumplimiento de la segunda fase del contrato celebrado mediante el documento privado, por cuanto los sobrinos no eran sino las personas designadas por el comprador inicial, a fin de que se convirtieran en los compradores definitivos, lo que se lleva a efecto mediante la repetida escritura. Sin embargo, el TS se limita a decir que el tío compró para sus mandantes, que eran los sobrinos, aunque obrara en nombre propio. Tampoco afirma claramente que se tratara de la llamada representación indirecta, según la versión que defienden GULLÓN y DíEZ-PICAZO, de modo que actuaba en nombre propio pero con eficacia en los mandantes: tendría que haber afirmado entonces la propiedad de estos en virtud no de la escritura sino del contrato privado de compraventa precedente. Y tampoco asegura que esa escritura constituyera el segundo contrato que el mandatario ha de celebrar en cumplimiento de la ley del mandato para hacer llegar a su mandante los efectos del negocio representativo, como sería propio del modo tradicional de entender la representación indirecta. Nada explica: nos dice que compró para sus sobrinos, pero sin pronunciarse sobre el mecanismo jurídico que permitió ese efecto.

En mi opinión, sin duda, el mecanismo del contrato para persona a designar —que fue el elegido por las partes para conseguir el resultado económico perseguido en la contratación—, se acomodaba a las mil maravillas al interés de las partes.

VI. CONCLUSIONES

I. La esencia del fenómeno representativo se halla en la actuación *nomine alieno*, de manera que no basta con actuar por cuenta e interés del principal: es preciso, además, hacerlo en su nombre.

II. Por consiguiente no puede considerarse representación a la llamada representación indirecta, en la que el agente actúa en nombre propio pero en interés del principal que se mantiene oculto y perfectamente desconocido para el tercero.

III. Los intentos doctrinales por conseguir que la actuación *nomine proprio* pero en interés del principal produzcan efectos en el patrimonio de este (heteroeficacia) han de estimarse fracasados porque plantean unos problemas dogmáticos y prácticos insalvables, especialmente en el plano registral.

IV. No puede considerarse que la Jurisprudencia haya reconocido la eficacia directa sobre el patrimonio del principal de la actuación del agente en su propio nombre.

V. Sin embargo, en ocasiones existen razones atendibles para que el principal oculte su interés en un negocio que no podría realizar si desvelara su personalidad, o se celebraría en condiciones más onerosas para él. Pero estas necesidades prácticas pueden colmarse con la institución del contrato para persona a designar.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS

- STS de 1 de mayo de 1900.
- STS de 10 de julio de 1946,
- STS de 26 de mayo de 1950.
- STS de 3 de junio de 1953.
- STS de 17 de diciembre de 1959.
- STS de 22 de mayo de 1964.
- STS de 11 de junio de 1965.
- STS de 22 de noviembre de 1965.
- STS de 8 de junio de 1966.
- STS de 2 de noviembre de 1970.
- STS de 1 de diciembre de 1982.

- STS de 16 de mayo de 1983.
- STS de 13 de junio de 1987.
- TS de 24 de mayo de 1988.
- STS de 14 de octubre de 1989.
- STS de 2 de junio de 1992.
- STS de 25 de febrero de 1994.
- STS 13 de abril de 1994.
- STS de 21 de marzo de 1995.
- STS de 17 de junio de 1997.
- STS de 19 de junio de 1997.
- STS de 22 de abril de 1998.
- STS de 18 de enero de 2000.
- STS de 4 de julio de 2000.
- STS de 31 de octubre de 2003.
- RDGRN de 2 septiembre de 2004.
- STS de 22 de abril de 2005.
- STS de 3 de enero de 2006.
- RDGRN de 6 julio de 2006.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil, I*, volumen 2º, Bosch. Barcelona, 1996.
- ALFARO, Gaspar: «La representación indirecta», en *Estudios de Derecho Privado, I. Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1962; pág.333.
- ANSON'S: «Law of Contract». *Oxford University*, 1986, 26ª ed.
- BUSTOS PUECHE, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil*, Rivadeneyra. Madrid, 1972.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Civitas. Madrid, 1993.
- *La representación en el Derecho Privado*. Civitas. Madrid, 1992.
- «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *ADC*. 1978, III, págs. 489 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarnación, y MORALES MORENO, Antonio-Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, Madrid, 2002.
- FERNÁNDEZ GREGORACIO, Beatriz: «Comentario jurisprudencial en ADC». *LIX*, IV, año 2006, pág. 2044.
- *La representación indirecta*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del Carmen: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. Bercovitz. Tomo VIII. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Artículo 1717.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio». En *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro*. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 763.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: *Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1544.

- IGLESIAS SANTOS, Juan: *Derecho Romano*. Ed. Ariel. Barcelona, 1958.
- JORDANO BAREA, Juan-Bautista: «Mandato para enajenar». *ADC*, 1951/ IV, pág. 1481 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, I, Trivium, Madrid, 1996, 5ª ed.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M: «La gestión típica derivada del mandato» *Rev. de Derecho Privado*; julio-agosto, 1996, pág. 553.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, 6ª ed. Reus. Madrid, 1972.
- NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder». *Rev. de Derecho Privado*, septiembre, 1946.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations*. Clarendon Press Oxford, 1996.

NOTAS

¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio». *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Federico de Castro*, I. Ed. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 766. Díez-PICAZO, Luis: *La representación en el Derecho Privado*. Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 265. En la línea que ya había iniciado en «Los efectos jurídicos de la gestión representativa», *ADC*. 1978, III, pág. 489 y sigs.

² Aunque el tema excede de los límites de este trabajo, no me resisto a expresar una opinión que ciertamente debería meditar más por lo que acaso resulte imprudente manifestarla, pero creo que en la difícil cuestión de distinguir entre mandato y contrato de servicios, el único criterio útil y convincente es el de entender que el mandato siempre es representativo. En el ámbito de un contrato de servicios puede o no haber representación, y lo habitual es que no la haya, y aunque la hubiera —realmente solo estará presente en un contrato de servicios celebrado entre abogado y cliente—, estaríamos ante dos negocios distintos y perfectamente separables, al paso que en el caso del mandato sería un solo negocio que lleva en sí no solo la realización de gestiones materiales sino también la celebración de negocios jurídicos, consecuencia de aquellas.

³ MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, 6ª ed. Reus. Madrid, 1972, pág. 675.

⁴ Díez-PICAZO, Luis, ROCA TRÍAS, Encarna, y MORALES, Antonio Manuel: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas, Madrid, 2002; págs. 213 y 214.

⁵ ANSON'S: *Law of Contract*. Oxford University, 1986, 26ª ed., pág. 560: «when he discovers the true facts, is entitled to elect whether he will treat principal or agent as the party with whom he dealt».

⁶ Pueden verse los preceptos aludidos en el libro *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, antes citado.

De todos modos, GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª del Carmen, al comentar el artículo 1717 del Código manifiesta que el artículo 3.102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos apoya la tesis de que la representación indirecta existe y, sobre todo, que causa efectos en el patrimonio del representado oculto. Siento discrepar pero yo no leo eso: el artículo 3.301, al que se remite el precepto citado bien a las claras establece que «el intermediario y el tercero quedan vinculados entre sí». Ciertamente, a seguido, este precepto dice. «El principal y el tercero solo quedan vinculados entre sí, si se cumplen las condiciones establecidas en los artículos 3.302 a 3.304», pero estos artículos, excepcionales, nada tienen que ver con una supuesta heteroeficacia de la representación indirecta y pueden explicarse más bien en el sentido que indico en el texto. *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por R. BERCOVITZ. Tomo VIII. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Artículo 1717.

⁷ IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*. Ed. Ariel. Barcelona, 1958, pág. 147.

⁸ NÚÑEZ LAGOS, Rafael: «Mandatario sin poder». *Rev. de Derecho Privado*, septiembre, 1946, págs. 616 y 617.

⁹ ALFARO, Gaspar: «La representación indirecta», en Estudios de Derecho Privado, I. *Rev. de Derecho Privado*, Madrid, 1962, pág. 333.

¹⁰ JORDANO BEREÁ, Juan-Bautista: «Mandato para enajenar». *ADC*, 1951/ IV, pág. 1481 y sigs.

¹¹ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, I, volumen 2º, Bosch. Barcelona, 1996. Pág. 414.

¹² GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio». En *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Federico de Castro*. Tecnos. Madrid, 1976, pág. 763.

¹³ Así en las siguientes SSTs: 26 de mayo de 1950 (A. 1950/744); 3 de junio de 1953 (A. 1953/1657); 22 de mayo de 1964 (A. 1964/2765); 18 de enero de 2000 (RJ 2000\109).

¹⁴ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.* págs. 766-767.

¹⁵ Cfr. STS. 3 de enero de 2006, RJ 2006\130, que cita otras en la misma línea.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis: *op. cit.*, pág. 268.

¹⁷ Así piensan: HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso: *Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1544; FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: comentario jurisprudencial en *ADC*. LIX, IV, año 2006, pág. 2044.

¹⁸ La doctrina aludiría en este caso al artículo 34 de la Ley Hipotecaria o al 464 del Código, según la naturaleza de la cosa, pero, en rigor, estos preceptos solo son manifestaciones, siquiera sean las más importantes, de la doctrina invocada. Cf. BUSTOS PUECHE, José Enrique: *La doctrina de la apariencia jurídica*, Dykinson, Madrid, 1999.

¹⁹ *Vid.* DÍEZ-PICAZO: *op. cit.*, pág. 269.

²⁰ Cfr. BUSTOS PUECHE, José Enrique: *op. cit.*, pág. 40.

²¹ Me remito a las páginas 65 y siguientes de mi monografía citada.

²² En honor de la verdad hay que decir que el párrafo transcrito de la STS. de 8 de junio de 1966 reproduce a la letra lo que explicaba MANRESA al comentar este artículo. Y he añadir que me llena de satisfacción que un autor clásico de esta categoría haya hablado de «*poder por apariencia*». Y soy culpable de no haberme enterado antes. *Vid.* MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código Civil español*. Tomo XI, págs. 673 y 674.

²³ No deja de resultar satisfactorio para quien ha trabajado bastante el tema de la apariencia jurídica saber que la jurisprudencia británica utiliza dicha doctrina para casos como los aludidos, mediante la expresión «*ostensible authority*». Cf. ANSON'S, *op. cit.*, pág. 534.

²⁴ ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.*, pág. 417.

²⁵ No deja de llamar la atención la solución legal indicada en cuanto viene a ser un precedente, a mi juicio, de la que luego se ha recogido en los artículos 3.302 y 3.303 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Entiendo que la opción ofrecida por el artículo 287 del Código de Comercio es la misma que la ofrecida por los artículos citados.

²⁶ «*No obstante, el precepto —«exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante»— (por cierto sin precedente legislativo, a salvo el art. 287 del Código de Comercio [LEG 1885, 21], ni siquiera prelegislativo pues fue añadido al Código Civil a última hora) no aclara cual es la situación en que queda el mandatario respecto de las personas con quien contrató, pudiéndose llegar a diversas conclusiones, según que se le ponga en relación con el inciso que le precede, o con el conjunto del precepto (art. 1.717). El criterio que parece más seguro es el de entender que el mandatario no queda desvinculado respecto de quienes celebraron el contrato. Se fundamenta en la manera de producirse exteriormente, la intervención del mandatario en ejercicio de su propia personalidad —autonomía— jurídica y la perspectiva de los que con él contrataron, lógicamente interesados en su solvencia o responsabilidad.*»

²⁷ *Op. cit.*, pág. 1544.

²⁸ FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: *La representación indirecta*. Thomson-Civitas. Navarra, 2006, pág. 329.

²⁹ *Op. cit.*, pág. 11736.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis: *op. cit.*, pág. 265.

³¹ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *op. cit.* pág. 765. «La expulsión de la representación indirecta del campo de la representación descansa dogmáticamente en bases endebles, y nos vuelve a dejar además sin resolver el grave problema de la nueva transmisión que el representante ha de hacer al representado, pues no se ve, ni tampoco se preocupan los autores partidarios de esta línea por verlo, cuál es el negocio jurídico que debe ser cauce de ella».

³² DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil* Rivadeneyra. Madrid, 1972, pág. 128 y sigs.: «La eficacia representativa de la representación indirecta es también la más acorde al común sentir. Lo que adquiero por encargo y dinero de otro no es mío sino suyo».

³³ Ya en nuestros días se muestran también partidarios de la representación indirecta, en estos términos de eficacia sobre el mandante oculto pero interesado, DIÉGUEZ OLIVA, Rocío: *Eficacia real y obligacional de la representación indirecta*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006; y GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: «Comentarios al Código Civil», dirigidos por R. BERCOVITZ, *op. cit.*

³⁴ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Mandatario que adquiere en nombre propio», *cit.*, pág. 765.

³⁵ *Vid.* GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *op. cit.*, págs. 777-778; y Díez-PICAZO, Luis: *op. cit.* pág. 274.

³⁶ Insisten en la interpretación tradicional de completa incomunicación entre mandante y tercero: SSTS. de 13 de junio de 1987 (*RJ* 1987\4297); 24 de mayo de 1988 (*RJ* 1988\4329); 14 de octubre de 1989 (*RJ* 1989\6920); 13 de abril de 1994 (*RJ* 1994 \2797); 22 de abril de 1998 (*RJ* 1998\2597) y 4 de julio de 2000 (*RJ* 2000\6678).

³⁷ ALBALADEJO, Manuel: *op. cit.* pág. 418.

³⁸ FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: la representación indirecta, *op. cit.*, pág. 329.

³⁹ Esta autora señala como casos exceptuados del régimen ordinario de incomunicabilidad los siguientes: los comprendidos en los artículos 1459 y 1717, II del CC; los del artículo 287 del C. de C.; casos de fraude de acreedores, con cita de las SSTS. 1 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982\7454) y 17 de junio de 1997 (*RJ* 1997\5413); y los supuestos de los artículos 18, II, Ley de Sociedades Anónimas (responsabilidad de los fundadores); 74, III, LSA (suscripción de acciones propias); 88 LSA (operaciones prohibidas a la sociedad realizadas por persona interpuesta). Como es sabido, estas referencias habrán de remitirse a la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que derogó las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, entre otras.

⁴⁰ Dice así el artículo 287: «El contrato hecho por un factor en nombre propio, le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

⁴¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, I, Trivium, Madrid, 1996, 5^a ed., pág. 522.

⁴² Díez-PICAZO, Luis. *La representación en el Derecho Privado*. Civitas. Madrid, 1992, pág. 272.

⁴³ Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas. Madrid, 1993, págs 416 y sigs.

(Trabajo recibido el 16-05-2013 y aceptado
para su publicación el 18-06-2013)

El control judicial de las cantidades reclamadas al prestatario en el préstamo bancario de dinero

Judicial Control of Sums Claimed from a Borrower by the Lending Bank

por

DIEGO CRUZ RIVERO
*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla*

RESUMEN: En el presente estudio se analizan los criterios utilizados por los Tribunales para controlar la cantidad reclamada por la entidad de crédito prestamista al prestatario como consecuencia del incumplimiento del pago de alguno de los plazos. En concreto, nos centramos en el análisis de las cantidades reclamadas en concepto de capital, intereses remuneratorios e intereses de demora. En el primer caso se estudia en qué casos y bajo qué circunstancias el incumplimiento del prestatario desencadena la posibilidad de exigir también el capital no vencido. En relación a los intereses remuneratorios, nos adentramos en el control en España de los intereses usurarios, a la vez que se hace un análisis de la legalidad de las cláusulas suelo. Y, en lo tocante a los intereses moratorios, se analiza la posible moderación o supresión en sede judicial de los intereses pactados por el hecho de que se consideren excesivos. A la hora de estudiar todas estas cuestiones se tiene especialmente en cuenta la incidencia que podría tener en la regulación el Proyecto de Código Mercantil si fuera finalmente aprobado. El artículo concluye con una referencia a la posibilidad del prestamista de excepcionar en los procesos monitorio e hipotecario estas

circunstancias, así como que las mismas puedan ser apreciadas de oficio por el juez.

ABSTRACT: In this paper it is analyzed the criteria used by courts of law to control the amount legally claimed by the lender credit institution to the borrower as a consequence of the non-payment of any instalment. Specifically, we focus on the analysis of the sum of money claimed as principal, remunerative interest and default interest. In the former case, it is studied under which circumstances the borrower's default makes also the non-expired amount claimable. On the matter of remunerative interest, we go in depth into the control in Spain of usurious interest and we make an analysis of legality of floor clauses. Regarding default interest, it is analyzed the possibility that agreed interest were judicially reduced or suppressed because of being considered excessive. In studying all these issues, it is taken into account the effect that the Draft Commercial Code Bill could have if it were finally approved. The paper finishes with a reference to the lender's possibility of raising all these issues as a defense in small claim proceeding or in foreclosure process as well as to the possibility that the court ex officio were entitled to rule on them.

PALABRAS CLAVE: Préstamo bancario. Intereses remuneratorios. Intereses de demora. Usura. Cláusula suelo. Cláusulas abusivas. Proyecto de Código Mercantil

KEY WORDS: Bank lending. Remunerative interest. Default interest. Usury. Floor clause. Unfair terms. Draft Commercial Code Bill

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CONTROL DEL CAPITAL A DEVOLVER: LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CRÉDITO: II.1. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL AL CONTRATO DE PRÉSTAMO. II.2. POSIBILIDAD DE EXIGIR EL PAGO ANTICIPADO DE LOS PLAZOS PENDIENTES CUANDO RESULTE DE APLICACIÓN LA LEY 28/1998, DE 13 DE JULIO, DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. II.3. EL IMPAGO DEL CRÉDITO COMO INCUMPLIMIENTO TÉCNICO. II.4. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.—III. EL CONTROL DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS: LOS INTERESES USURARIOS: III.1. LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA. III.2. INCIDENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA.—IV. LAS CLÁUSULAS TECHO Y SUELO: IV.1. INTERPRETACIONES ANTERIORES A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013. IV.2. INTERPRETACIÓN DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013. IV.3. POSIBLE INCIDENCIA DEL PROYECTO DE

CÓDIGO MERCANTIL SOBRE LA CUESTIÓN.—V. LOS INTERESES MORATORIOS: CRITERIOS PARA DETERMINAR SU CARÁCTER ABUSIVO: V.1. PLANTEAMIENTO. V.2. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO EMPRESARIO: V.2.A. *La posibilidad de aplicar la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.* V.2.B. *Posibilidad de moderar los intereses moratorios estipulados como cláusula penal.* V.3. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO CONSUMIDOR. V.4. BREVE REFERENCIA A LA DISCIPLINA DE LA MORA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.—VI. EL CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO. EN ESPECIAL, EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS JUICIOS MONITORIO E HIPOTECARIO.—VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

I. PLANTEAMIENTO

Habitualmente en la demanda planteada por la entidad prestamista se exige una cuantía integrada por el principal del préstamo pendiente de pago, incluyendo la cantidad hasta entonces no vencida y los intereses remuneratorios y moratorios devengados¹. En los siguientes apartados analizaremos estos tres conceptos que componen la cantidad exigida y el control judicial de su determinación. Para ello, a la hora de considerar la regulación aplicable y por tanto los criterios para entender que la determinación de la cuantía se ha realizado conforme a Derecho, distinguiremos cuando sea preciso al prestatario consumidor del no consumidor. Tal como se verá seguidamente la regulación protectora de los consumidores y usuarios, a través del control de abusividad de las cláusulas incorporadas a los contratos, brinda una considerable mayor protección al prestatario consumidor. Ello no obstante existe también una regulación aplicable a cualquier tipo de contrato de préstamo bancario que ampara con carácter general a todo prestatario, también al no consumidor.

Como parte del control de los intereses remuneratorios se analizan también las distintas posiciones jurisprudenciales respecto a las cláusulas suelo. Tal como se verá más adelante, es frecuente —pues de hecho se corresponde con los efectos propios de la nulidad— que los tribunales reconozcan eficacia retroactiva a la declaración de nulidad de estas cláusulas —aunque no sigue este criterio la conocida sentencia del TS de 9 de mayo de 2013—. De este modo, ante la demanda del prestatario por parte del prestamista, aquel puede igualmente buscar una declaración de nulidad de la cláusula suelo y por tanto la necesidad de recalcular las cantidades debidas.

En el análisis de estas cuestiones haremos mención de la incidencia que podría llegar a tener el Proyecto de Código Mercantil (en adelante PCM) si llegara a aprobarse en los términos propuestos por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación².

II. EL CONTROL DEL CAPITAL A DEVOLVER: LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CRÉDITO

II.1. POSIBILIDAD O IMPOSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL AL CONTRATO DE PRÉSTAMO

Es evidente que la configuración del contrato de préstamo en nuestros Códigos es la de un contrato real, para cuya perfección se requiere la entrega de la cosa prestada, y unilateral, generador de obligaciones solo para el prestatario: la restitución del capital y el pago de los intereses según se haya pactado³. También la práctica contractual se corresponde con esta idea, por cuanto que el prestatario reconoce en el contrato haber recibido ya la cuantía del préstamo y se obliga a restituirlo. Según la mayoría de la doctrina⁴, no cabe un contrato de préstamo no real, y el acuerdo previo por el que el prestamista se compromete a prestar en unas condiciones ha de calificarse de precontrato. Siguiendo este planteamiento, no siendo un contrato sinalagmático no es posible que, ante el incumplimiento del prestatario, el prestamista opte por la resolución del contrato según lo establecido en el artículo 1.124 CC⁵.

Existe no obstante doctrina muy autorizada que estima que dicho acuerdo de dar en préstamo no es un precontrato, sino un verdadero contrato de préstamo, sin perjuicio de que la obligación de devolver el objeto del préstamo por el prestatario solo pueda nacer tras la entrega por el prestamista⁶. En definitiva, bajo este punto de vista, se entiende que el contrato de préstamo es o puede configurarse como un contrato consensual y bilateral⁷, e incluso sinalagmático⁸. De seguirse esta idea, un incumplimiento grave de cualquiera de las partes —del prestatario obligado a devolver el préstamo— facultaría a la otra parte —el prestamista— para resolver el contrato conforme al artículo 1.124 del Código Civil. Ante un incumplimiento habría de evaluarse entonces su entidad para determinar si puede considerarse efectivamente como *grave*⁹. En caso afirmativo el incumplimiento del prestatario determinaría la posibilidad del prestamista de resolver el contrato y, por tanto, de exigir la devolución de todo el capital.

En definitiva, y con la salvedad de que el prestamista haya resuelto el contrato por el grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario de un préstamo configurado como contrato consensual, bilateral y sinalagmático, producido el incumplimiento ha de aplicarse la regla general establecida en el artículo 1.125 del Código Civil: el prestamista puede exigir exclusivamente los plazos vencidos, integrados por capital e intereses, y los intereses moratorios que se hayan devengado. El citado precepto tiene su reflejo en el Derecho adjetivo en los artículos 575 y 578 de la LEC. En virtud de lo dispuesto en estos preceptos, podrá despacharse ejecución por el principal e intereses remuneratorios y moratorios vencidos, incrementándose en su caso esa cuantía con la que se prevea para hacer frente a las costas y a los intereses que, en su caso, puedan

devengarse durante la ejecución. Posteriormente será posible incluir nuevas cantidades conforme se vayan produciendo ulteriores vencimientos.

II.2. POSIBILIDAD DE EXIGIR EL PAGO ANTICIPADO DE LOS PLAZOS PENDIENTES CUANDO RESULTE DE APLICACIÓN LA LEY 28/1998, DE 13 DE JULIO, DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES

Según se dispone en su artículo 1, la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, regula, los contratos de compraventa a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables, los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de ellos. De este modo, cuando un préstamo bancario financie una compraventa regulada por esta Ley, quedará igualmente bajo su ámbito de aplicación. La Ley contempla estos contratos desde un punto de vista unitario, vinculando el contrato de compraventa y el préstamo que la financia, lo que se manifiesta en numerosos momentos a lo largo de la norma. Precisamente un ejemplo de ello es la regulación que se da al incumplimiento de la obligación de pagar los pagos aplazados por parte del comprador prestatario.

Cuando la financiación proviene del propio vendedor, ante el incumplimiento de la obligación del pago del precio el vendedor puede optar entre resolver la compraventa, debiendo en tal caso devolver el precio ya percibido¹⁰, o exigir el cumplimiento del contrato. Es en este último supuesto en el que el comprador pierde el plazo concedido al acordar la operación y, como excepción a lo dispuesto en los artículos 1.125 del Código Civil y concordantes, debe pagar todos los plazos pendientes, produciéndose su vencimiento anticipado. En concreto, el artículo 10.1 permite esta posibilidad ante la falta de pago de dos plazos¹¹ por el comprador.

Igualmente, cuando la operación se ha financiado a través de un tercero, el artículo 10.2 faculta al prestamista en iguales condiciones —esto es, ante el impago de dos plazos— a exigir el pago de todas las cuotas pendientes, aunque no ya a resolver el contrato de compraventa; todo ello sin perjuicio de la posibilidad¹² de acudir al procedimiento previsto en el artículo 16.2 de la Ley para dirigirse directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos. En definitiva, el artículo 10.2 no concede a la entidad financiera un derecho de resolución, sino la posibilidad de provocar el vencimiento anticipado de los plazos, de forma similar a los supuestos en los que se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones en diversos supuestos por imperativo legal¹³.

Y ello nos conduce a la cuestión de determinar el importe que debe restituir el comprador prestatario en estos casos, pues el artículo 10 de la Ley no precisa con exactitud el alcance del vencimiento anticipado.

Una interpretación literal del precepto —que alude al pago o al abono de los plazos— nos llevaría a afirmar que el prestamista puede exigir el pago de los plazos íntegros; esto es, por entero las cuantías que, de no haberse producido el incumplimiento, deberían ser pagadas por el prestatario conforme fueran venciendo¹⁴. Ello, en el supuesto de que el préstamo que financia la compraventa no fuera gratuito, implicaría que el comprador prestatario habría de abonar los intereses remuneratorios correspondientes a un tiempo por el que no ha disfrutado propiamente del préstamo, en definitiva, por un capital ya amortizado y no pendiente de pago.

Por ello, resulta más adecuado en nuestra opinión entender que la parte de los plazos que vencen anticipadamente correspondiente a los intereses debe deducirse de la cuantía que ha de pagar el comprador prestatario. De no ser así el vencimiento anticipado de la deuda provocaría un enriquecimiento injustificado del prestamista¹⁵. Dicha consecuencia sería un tanto sorprendente, en especial si se considera que la Ley de venta a plazos de bienes muebles tiene como declarado objetivo, precisamente, proteger al comprador, aunque también conceda al prestamista importantes garantías de cobro. Así, por ejemplo, el artículo 11 prevé que excepcionalmente y por justas causas¹⁶, apreciables discrecionalmente¹⁷ por el juez, este puede señalar nuevos plazos o alterar los pactados por las partes, determinando en su caso el recargo a incluir en el precio por los nuevos aplazamientos.

Lógicamente, habrían de deducirse los intereses remuneratorios efectivamente pactados en la operación de financiación, lo que debe constar expresamente en el contrato según se establece en el artículo 7.5 de la Ley. De este modo, si el aplazamiento de pago se ha acordado de forma gratuita, sin que exista interés remuneratorio alguno, de modo que la suma de los plazos resulta ser igual al precio del producto pagado al contado¹⁸, no debería descontarse cantidad alguna por el hecho del vencimiento anticipado.

II.3. EL IMPAGO DEL CRÉDITO COMO INCUMPLIMIENTO TÉCNICO

Tal como se ha indicado, y salvo que resulte de aplicación la Ley de venta a plazos de bienes muebles, el incumplimiento de los plazos por parte del prestatario no provoca el vencimiento anticipado del crédito ni la posibilidad del prestamista de exigir el reembolso íntegro de la cuantía prestada. Ello es así salvo que podamos entender que el préstamo se ha configurado por las partes como un contrato bilateral y sinalagmático, en cuyo caso solo si se entendiera que se ha producido un incumplimiento grave por el prestatario se abriría para el prestamista el cauce previsto en el artículo 1.124 del CC.

Precisamente por esta razón los contratos de préstamo bancario suelen incluir entre sus cláusulas que el incumplimiento de la obligación de pagar un

determinado número de plazos habilita a la entidad de crédito a concluir la relación y a exigir la restitución de todo el capital prestado. Nuevamente, ahora en aplicación de una cláusula contractual, se configura otra excepción a los artículos 1.125 y concordantes del Código Civil y la LEC: no es necesario ir ampliando la cuantía de la demanda conforme vayan venciendo los sucesivos plazos. Esta consecuencia del incumplimiento del prestatario no se configura en los contratos como una concreción del incumplimiento grave del artículo 1.124 del Código Civil, sin perjuicio de que la literalidad de los clausulados pueda recordar dicho precepto. No se trata de que las partes definan en el contrato qué debe considerarse un incumplimiento grave a efectos de posibilitar la resolución del préstamo conforme a lo dispuesto en dicho precepto. Ello implicaría que, al intentar el prestamista aplicar dicha cláusula, un juez pudiera considerarla ilegal por no resultar esta norma de aplicación a contratos no sinalagmáticos. En la redacción de las condiciones generales se huye de disquisiciones conceptuales acerca de si el contrato de préstamo es bilateral o unilateral, consensual o real, aunque también es cierto que el prestatario reconoce haber recibido el monto del préstamo, sin que por tanto el prestamista se comprometa a una entrega que, al menos formalmente, ya se ha producido¹⁹. Muy al contrario, con independencia de todo ello, se prevé la posibilidad de que el prestamista resuelva²⁰ el contrato de préstamo como consecuencia de que el prestatario incurra en alguno de los llamados *incumplimientos técnicos*, entre los que se incluiría, quizás como el supuesto más importante, el impago de un número de cuotas. Tales *incumplimientos* son circunstancias que permiten a la entidad la resolución del contrato y, por tanto, exigir el pago anticipado del crédito sin que se haya producido propiamente un incumplimiento del prestatario —no desde luego de la obligación de pago de un plazo aún no vencido—.

Estos incumplimientos técnicos son posibles en nuestro Ordenamiento (STS de 20 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 286]²¹). Para ello, se exigen dos requisitos. De un lado es necesario que este supuesto de incumplimiento técnico se encuentre previsto en el contrato²². Tal pacto, al parecer, se fundamentaría en el hecho de que la entidad ha concedido crédito bajo el presupuesto de unas condiciones de solvencia del prestatario o de la existencia de unas garantías para recobrar el importe del préstamo. Disminuida la capacidad económica del deudor o reducida la cobertura de dichas garantías, lo que se pone de manifiesto en unos concretos hechos descritos en el contrato —el impago de una serie de plazos en el caso que nos ocupa—, se pierde el plazo pactado, debiendo el prestatario, tras el ejercicio del derecho de resolución por parte de la entidad, devolver toda la cuantía pendiente de restitución.

Y, de otro lado, la causa que permita la resolución del contrato por la entidad prestamista debe considerarse justa y objetiva²³. En este sentido se entiende que concurre justa causa cuando se produce una *«verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obliga-*

ciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes»²⁴, lo que puede pactarse en relación incluso al impago de uno solo de los plazos²⁵. Y ha de ser objetiva en el sentido de que la causa prevista en el contrato no puede depender de la mera voluntad del prestamista. Evidentemente, acaecida la causa, es la propia entidad la que decide resolver el contrato. Pero dicha posibilidad solo existe cuando previamente ha tenido lugar un hecho ajeno a la entidad, como es el caso del impago por parte del cliente²⁶. Nuestros tribunales en definitiva han considerado, cuando el prestatario es un consumidor, que la cláusula por la que se permite la resolución del contrato por el mero incumplimiento de una de las cuotas no supone la imposición al consumidor de una cláusula abusiva, contraria al artículo 85.6 de la LGDCU (indemnización desproporcionadamente alta por el incumplimiento del consumidor)²⁷.

Por otra parte el acaecimiento del hecho descrito válidamente en el contrato como incumplimiento técnico no determina automáticamente la posibilidad de exigir judicialmente el pago del capital no vencido. Lo que se configura en el contrato es la posibilidad de resolver el contrato. Así pues el prestamista deberá previamente ejercitar dicho derecho, comunicándolo al prestatario²⁸. Es el ejercicio del derecho de resolución lo que provoca realmente el vencimiento del crédito y, por tanto, la imposibilidad de aplicar en sede judicial los artículos 1.125 del Código Civil y 575 y 578 de la LEC²⁹.

Por último debe destacarse que en caso de ejercitarse el derecho de resolución vencería anticipadamente la obligación de devolver el capital hasta entonces pendiente de vencimiento, no los plazos o cuotas. Con ello el prestatario debe solo devolver, además lógicamente de los plazos vencidos y los intereses de demora, el capital pendiente de pago, no los intereses que se devengarían sobre ese capital por el transcurso del tiempo y que, a la postre, integrarían las cuotas periódicas. De hecho el Tribunal Supremo consideró abusiva en un crédito al consumo y por aplicación de la LGDCU la cláusula por la que el prestamista podía exigir al prestatario, en caso de incumplimiento de alguna de las cuotas, las restantes pendientes de vencimiento³⁰. Ello constituiría una diferencia respecto del vencimiento anticipado contemplado en el artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles si, como han entendido en algún caso los tribunales, se siguiera dicha interpretación.

II.4. BREVE REFERENCIA AL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

Si entrara en vigor el PCM, su artículo 573-4.1 prevería la posibilidad del vencimiento anticipado en los préstamos mercantiles. Da la sensación de que con esta expresión se alude fundamentalmente a los incumplimientos técnicos pactados en los préstamos bancarios de dinero. Y, al mismo tiempo, lo que se prevé es el vencimiento anticipado del deber de restituir el capital prestado, no

de las cuotas pactadas: el vencimiento anticipado se recoge en un artículo bajo la rúbrica «la devolución de la suma prestada», quedando el pago del interés regulado en otro precepto³¹. De este modo, la nueva regla general contenida en el PCM podría servir para reforzar la interpretación hasta aquí seguida del artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles: que pese al tenor literal del precepto no es posible exigir el pago anticipado del importe íntegro de las cuotas, sino que, si se han pactado intereses remuneratorios, deben deducirse de las mismas dichos intereses.

III. EL CONTROL DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS: LOS INTERESES USURARIOS

III.1. LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA

El interés remuneratorio es la retribución que percibe el prestamista por la entrega, con la obligación de devolver transcurrido un tiempo, de una cantidad de dinero al prestatario³². Se trata, en definitiva, y aun siendo un elemento facultativo del contrato (art. 314 C. de C.), del precio del préstamo; por tanto, objeto del contrato. Siendo ello así, no parece adecuado someter el interés al control de abusividad propio de las condiciones generales de los contratos y de las cláusulas predispuestas (STS de 18 de junio de 2012 [RJ 2012, 8857] y SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2013 [JUR 2013, 319406])³³, toda vez que nuestro Ordenamiento propugna como regla general la libertad de precios, regla que se concreta a su vez para el préstamo mercantil en el primer párrafo del artículo 315 del C. de C.³⁴.

Sin embargo, no existe absoluta libertad a la hora de pactar el tipo de interés de un préstamo³⁵. El control de los intereses remuneratorios se fundamenta hoy día³⁶ en la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura³⁷.

A la vista del artículo 1 de la Ley de 1908³⁸ la jurisprudencia ha entendido que el carácter usurario del préstamo como consecuencia de los intereses remuneratorios pactados³⁹ debe deducirse de dos circunstancias⁴⁰. Desde el punto de vista objetivo el tipo de interés pactado debe ser manifiestamente desproporcionado; desde el punto de vista subjetivo debe haber sido aceptado por un prestatario en una situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental⁴¹. A juicio de la jurisprudencia, solo desde esta situación personal del prestatario puede explicarse la aceptación por su parte de un préstamo en unas condiciones tan desfavorables (STS de 1 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2879]). Pero estas consideraciones de carácter subjetivo, lejos de ser una mera explicación de los motivos que han movido al prestatario a aceptar unos elevados intereses, se convierten en un requisito para el reconocimiento de la usura⁴², siendo su existencia evaluada por el tribunal, del mismo modo que se evalúa si el tipo de interés es desproporcionado⁴³.

En cuanto al carácter excesivo del tipo de interés, el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 parece tomar como primera referencia el interés legal del dinero —ha de ser *notablemente superior al normal del dinero*—, aunque han de tenerse igualmente en cuenta las características de la operación —ha de ser *manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*—, tomando siempre como referencia los tipos de interés existentes en el momento de la celebración del contrato⁴⁴. Sin embargo, por regla general⁴⁵, la jurisprudencia ha considerado que en realidad es este segundo elemento de juicio el que ha de ser determinante a la hora de considerar el carácter usurario de un préstamo; o, al menos, se ha entendido que no existe una correspondencia entre interés legal e interés normal del dinero. Según se ha dicho, «*la comparación no debe tener lugar con el denominado interés legal, sino con el interés normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad contractual existente en esta materia para supuestos como el presente*» (SSTS de 2 de octubre de 2001 [RJ 2001, 7141] y de 7 de mayo de 2002 [RJ 2002, 4045], seguida entre otras por la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 [JUR 2010, 276528] y la SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 [JUR 2013, 120084])⁴⁶.

La interpretación por los Tribunales de los requisitos subjetivo y objetivo para apreciar la existencia de la usura se hace con base en lo que tradicionalmente se ha llamado «la facultad de formar libremente su convicción», expresión utilizada en el derogado artículo 2 de la Ley de 23 de julio de 1908. Tal como se interpretaba el precepto, la norma no autorizaba al juez a fallar en un sentido sin que existieran pruebas que sustentaran el fallo, sino que simplemente recogía la libertad del juez de valorar las pruebas presentadas sin un criterio preestablecido⁴⁷. El artículo 2 de la Ley de represión de la usura fue derogado por la Disposición derogatoria Única. 2.4º de la LEC. Ahora bien, el artículo 319.3 de la LEC se ha interpretado en igual sentido que la norma derogada, hasta el punto de que en algún caso la jurisprudencia posterior ha basado sus resoluciones invocando directamente la Ley de represión de la usura y no la vigente LEC⁴⁸. El artículo 319.3 de la LEC se refiere exclusivamente al valor probatorio de los documentos públicos, que, en caso de usura, no harán prueba plena de su contenido. Ello no obstante tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado ampliamente el precepto de modo que entienden que confiere al juzgador libertad para evaluar las pruebas y, en su caso, apreciar la existencia de la usura⁴⁹.

El sustento de la consideración de una operación como usuraria sobre conceptos jurídicos indeterminados, unido a la comentada libertad del juez a la hora de evaluar las pruebas conducentes a la oportuna calificación, ha provocado que pueda reconocerse en la jurisprudencia una elevada casuística⁵⁰. De este modo ante supuestos de hecho muy similares se encuentran resoluciones judiciales diversas en función de la importancia que se concede a los requisitos objetivo y subjetivo y a la interpretación de uno y otro⁵¹.

En cuanto a las consecuencias de que el interés se considere usurario, el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 prescribe la nulidad del contrato y por ende la necesidad de devolver exclusivamente el principal del préstamo (art. 3). Con ello deben resaltarse dos cuestiones. De un lado parece que solo habría de restituirse el principal del préstamo, es decir, interpretando literalmente el artículo 3, la consideración de usurario del interés remuneratorio implica también la exclusión de cualquier tipo de interés moratorio o cláusula penal⁵². Tan solo se devengarían los intereses procesales previstos en el artículo 576 de la LEC si se produce un retraso en el pago una vez que el préstamo ha sido declarado usurario⁵³.

Y, de otro lado, una interpretación literal del precepto nos llevaría a reconocer que tal nulidad se produce respecto del contrato y no solo respecto de la cláusula de intereses. Si esto es así, ello implicaría que dicha restitución del principal debe realizarse de una sola vez e inmediatamente después de la sentencia por la que se declare la usura⁵⁴, aunque deduciendo de esta cantidad los intereses pagados hasta la fecha, que, como consecuencia lógica de la retroacción propia de los efectos de la nulidad, deben imputarse al capital restante de pago⁵⁵.

La pérdida del plazo concedido por el préstamo es una consecuencia que puede ser muy onerosa para el prestatario, a quien trata de proteger la Ley de represión de la usura, lo que en determinados casos puede disuadirle de ejercitar la acción de nulidad. Por consiguiente un sector doctrinal⁵⁶ ha defendido que, en realidad, debe producirse la nulidad solo de la cláusula de intereses, debiendo devolverse el principal del préstamo en los plazos inicialmente pactados⁵⁷. Ello sería así por cuanto que hoy día —lo que no sucedía en 1908— la regla general en caso de que un contrato incluya una cláusula ilegal sería la subsistencia del contrato teniendo por no puesta la cláusula contraria a Derecho (art. 83 de la LGDCU).

A nuestro modo de ver, la pérdida del plazo resulta la solución más acorde con la literalidad de la Ley de represión de la usura y, al mismo tiempo, con las normas generales de nuestro Derecho. Así, la subsistencia del contrato está prescrita para casos de nulidad de condiciones generales abusivas⁵⁸; y no es el caso el que ahora nos ocupa⁵⁹. Tratándose el interés del objeto del contrato de préstamo, vinculado también a la causa onerosa del mismo (*ex* art. 1.274 del Código Civil), no parece que el préstamo deba subsistir de forma gratuita. Más bien, la invalidez del contrato —*nulidad*, según la Ley de represión de la usura— parece ser más coherente con nuestros principios jurídicos, tanto si contemplamos la usura como un supuesto de vicio del consentimiento, como si lo hacemos como un supuesto de ilegalidad en el objeto o la causa del contrato.

A este respecto el artículo 1 de la Ley de represión de la usura califica expresamente la ineficacia del contrato como *nulidad*. Obviamente tal expresión no debe considerarse determinante, teniendo en cuenta que solo algunos años antes la regulación del Código Civil utiliza reiteradamente sin la precisión deseable los conceptos de nulidad y anulabilidad. Si se entendiera la usura como un vicio del consentimiento, poniendo de relieve el requisito subjetivo anteriormente comen-

tado, la respuesta del Ordenamiento debería considerarse un tipo de anulabilidad. En cambio, si se estimara que la usura es un caso de causa ilícita, el resultado debería ser la calificación de la misma como nulidad radical⁶⁰. En nuestra opinión, a la vista de su regulación y efectos, es más adecuado considerar la usura un supuesto de nulidad contractual, aunque con una regulación peculiar. Según se establece en el artículo 3, los efectos se producen *ex tunc*, pero parece que solo el prestatario puede ejercitar la acción u oponer la excepción de usura, a la vez que solo puede ser apreciada a instancia de parte⁶¹. Asimismo el contrato no es confirmable ni convalidable⁶², pues la Ley es imperativa, sin que el prestatario pueda renunciar a sus derechos. Se trata de una nulidad *sui generis*, a la que tampoco es aplicable el artículo 1306.2 del Código Civil⁶³.

Por otra parte, pese a la evidente desventaja que para el prestatario supone esta interpretación, no hay que olvidar que el mantenimiento del plazo podría implicar su enriquecimiento injustificado, pues le permitiría disponer gratuitamente por un tiempo del capital prestado. Es cierto que la Ley de represión de la usura busca sancionar al prestamista y prevenir la usura, razón por la cual la Ley dispone la pérdida del interés pactado y no su moderación a lo razonable. Pero el tenor literal del artículo 1 de la Ley de represión de la usura parece claro al respecto: prescribe la nulidad del contrato como consecuencia de la consideración del crédito como usurario. De hecho, si se pretendía proteger en grado sumo al prestatario podría haberse reconocido la consecuencia prevista para los contratos con causa torpe en el artículo 1.306 del Código Civil, en cuyo caso el prestamista no podría exigir la devolución del préstamo, ni siquiera del capital. Más bien el legislador parece haber querido establecer una protección frente a la imposición de intereses usurarios, pero sin que ello provoque un enriquecimiento sin causa del prestatario o una sanción excesiva al prestamista.

En cualquier caso lo cierto es que esta controversia pierde importancia en el supuesto que venimos analizando. Si nos centramos en la invocación de la usura tras la demanda por impago por parte del prestamista hay que tener en cuenta que, tal como se ha visto, el procedimiento judicial en el que tenga lugar se ve precedido en la práctica por la resolución del préstamo por la entidad. De este modo la apreciación de la usura implicará exclusivamente una reducción del importe a devolver por el prestatario excluyendo los intereses remuneratorios y moratorios pactados en el contrato. La necesidad de devolver el principal del préstamo se habría producido ya como efecto de la mencionada resolución contractual.

III.2. INCIDENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1908 DE REPRESIÓN DE LA USURA

Ante todo, el artículo 573-11.1 del PCM parece que consagraría la interpretación que ha venido haciendo la jurisprudencia sobre los requisitos para que se

considere que existe usura a la vista del artículo 1 de la Ley de represión de la usura: el predominio del requisito objetivo frente al subjetivo y que la comparación no debe simplemente efectuarse con el interés legal del dinero. El precepto proyectado alude solo al requisito objetivo y, en concreto, el préstamo resultaría usurario «*atendidas las circunstancias de mercado y el riesgo que asume el prestamista*».

Por otra parte, a nuestro entender, la interpretación que hemos seguido de la Ley de represión de la usura en relación a las consecuencias de que el préstamo sea considerado usurario podría considerarse más coherente con la sistemática del PCM si finalmente este entrara en vigor. Frente al artículo 314 del C. de C. el artículo 573-3 del PCM establecería el carácter de naturalmente retribuido del préstamo, siendo el interés del préstamo el interés legal del dinero si no se hubiera pactado ningún otro interés (art. 573-6.4). De este modo, si se entendiera que la consecuencia del carácter usurario del préstamo determina solo la nulidad de la cláusula de intereses, y no la nulidad del contrato, la consecuencia habría de ser tener la cláusula por no puesta y, por lo tanto, considerar que el préstamo debe ser retribuido con el interés legal del dinero. Esta consecuencia es evidentemente contraria a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de represión de la usura y, al mismo tiempo, implica una menor protección del prestatario.

Abundando en esta idea, aunque el PCM se refiere a la usura en el artículo 573-11, bajo la rúbrica «límites al pacto de intereses», la consecuencia de que el prestamista tenga una retribución excesiva, según se dispone en ambos apartados del precepto, es que el préstamo resulta usurario —el préstamo, no la cláusula de intereses—. De hecho, en el supuesto contemplado en el segundo apartado es posible que ni siquiera exista propiamente una cláusula de intereses: se proscribiera que el interés quede oculto por reconocer haber recibido el prestatario una cantidad superior a la efectivamente recibida. Claramente en nuestra opinión, cuando el préstamo es usurario, el contrato no debe integrarse conforme a lo dispuesto en el artículo 573-6.4 del PCM⁶⁴. Antes bien, el mencionado artículo 573-11 parece remitirse a la propia Ley de 1908⁶⁵, norma formalmente en vigor a la vista de la disposición derogatoria del PCM y vigente, pues una ley especial no queda derogada por una ley general —*lex specialis derogat generali*⁶⁶—. Asimismo, y en coherencia con lo manifestado, parece que habría que seguir considerando que tras la declaración de nulidad del contrato el prestatario debe devolver de una vez la cantidad que reste por restituir, perdiendo el beneficio del plazo.

IV. LAS CLÁUSULAS TECHO Y SUELO

IV.1. INTERPRETACIONES ANTERIORES A LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Estas cláusulas, por las que se limitan los efectos de una subida o bajada excesiva del tipo de interés de referencia de un préstamo a interés variable son

en la práctica muy frecuentes en ciertos tipos de préstamos, como es el caso de los préstamos hipotecarios. Obviamente la cláusula techo no plantea ningún problema de legalidad, por cuanto que se trata de un pacto establecido en beneficio del cliente, al que salvaguarda de una subida del tipo de referencia por encima del límite establecido en el contrato.

Sí se ha debatido en cambio en nuestra jurisprudencia menor la legalidad de las cláusulas suelo, que impiden repercutir en el prestatario una bajada del tipo de interés de referencia por debajo del límite establecido.

A este respecto, tradicionalmente nuestra jurisprudencia menor, a falta de pronunciamiento sobre esta cuestión por parte del Tribunal Supremo, se dividía en torno a dos tesis contrapuestas⁶⁷. Por un lado se ha entendido que la determinación de la legalidad de la cláusula suelo debe hacerse conforme a lo establecido en el artículo 87 de la LGDCU, que resultaría de aplicación cuando el prestatario era un consumidor, por entenderse que esta cláusula merece la consideración de condición general⁶⁸. De este modo la cláusula suelo sería abusiva si la misma implicase una falta de reciprocidad en el contrato⁶⁹. Con ello, para que la cláusula suelo fuera legal, sería imprescindible que se hubiera previsto igualmente una cláusula techo⁷⁰. Y, existiendo ambas, las cláusulas deberían analizarse conjuntamente para determinar el nivel de protección dispensada a cada una de las partes⁷¹. En definitiva, el límite establecido en la cláusula suelo podría ser tanto más alto cuanto más bajo fuese el límite fijado en la cláusula techo, concediéndose semejante protección al prestamista y al prestatario frente a las variaciones del tipo de interés de referencia.

Siendo ello así, parece que la inclusión de un techo excesivamente alto en modo alguno justificaría la introducción de una cláusula suelo. De hecho se trataría de una cláusula engañosa, que haría pensar al prestatario que con ella se le está protegiendo de una subida del tipo de referencia, cuya probabilidad sería en realidad remota. Esta cláusula podría utilizarse como reclamo para captar a un cliente inexperto que, a diferencia de la entidad de crédito, no tuviera los conocimientos suficientes para analizar este tipo de cuestiones económicas, a la vez que se podría tratar de justificar frente dicho cliente la inclusión de una cláusula suelo; esta sí protectora de la entidad frente a una bajada del tipo de referencia, tal vez muy probable.

Por otra parte otro sector de nuestra jurisprudencia menor, encabezado por la SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (AC 2011, 1569)⁷², ha considerado que no cabe analizar una supuesta reciprocidad entre las cláusulas techo y suelo conforme al artículo 87 LGDCU. Ello sería así por cuanto que el contrato de préstamo es un contrato unilateral, refiriéndose ambas cláusulas a la obligación del prestatario de pagar unos intereses remuneratorios del préstamo, por lo que, bajo este punto de vista, no existen unas obligaciones recíprocas entre prestamista y prestatario susceptibles de ser analizadas. Al mismo tiempo se advierte que el artículo 87 de la LGDCU establece una reciprocidad jurídica, no económica,

de las prestaciones⁷³. De este modo, aun cuando llegara a apreciarse una falta de reciprocidad económica, ello no provocaría la nulidad de la cláusula. Por otro lado esta tesis parte del hecho de que las cláusulas techo y suelo son relativas a los intereses remuneratorios y, por tanto, al precio del préstamo. Siendo así, bajo el presupuesto de que los elementos del contrato no se someten al control de abusividad previsto en la LGDCU y de que en España existe libertad de precios, no es posible considerar abusiva una cláusula suelo. En definitiva, se concluye que las cláusulas techo y suelo son siempre legales, obviamente si no se contraviene ninguna otra norma que implique la nulidad de la cláusula o la no incorporación al contrato.

Según se considera por esta corriente jurisprudencial no sería adecuado que el juez analizara cuestiones de carácter económico, como es la reciprocidad económica o el carácter ilusorio de una cláusula techo, pues, de hecho, la experiencia demuestra que situaciones planteadas desde el punto de vista económico como muy improbables o imposibles pueden finalmente acontecer. Incluso si el techo fuera realmente ilusorio y no protegiera al prestamista de ningún riesgo real, el cliente tendería a excluir ese elemento de la comparación entre las distintas alternativas que se le ofrecieran a la hora de solicitar el crédito y, si lo considerase conveniente, contrataría con otra entidad. En definitiva, si el cliente decide contratar con la entidad que propone un techo más tarde pretendidamente ilusorio en sede judicial, ello pone de manifiesto que el conjunto de condiciones del contrato, incluyendo la cláusula suelo, es considerado satisfactorio. Bajo este punto de vista las condiciones del contrato (todas ellas tomadas en su conjunto) no serían desproporcionadas, pues a la vista de otras opciones del mercado y a juicio del propio cliente habrían sido percibidas como la opción más ventajosa en el plano económico. Lógicamente, ello parte del presupuesto de la existencia de un mercado transparente, de que el cliente está suficientemente informado y de que tiene conocimientos suficientes para discernir el carácter ilusorio o no del techo y, con ello, de las probabilidades de que las cláusulas techo y suelo operen en realidad.

En definitiva, esta segunda tesis confía en que sean los propios clientes quienes rechacen aquellos contratos que incluyan condiciones que les resulten excesivamente gravosas, entendiéndose que debe ser el propio mercado el que expulse a los prestamistas que utilicen este tipo de cláusulas, disuadiendo por tanto a las entidades de crédito de emplear cláusulas suelo excesivamente altas o desproporcionadas respecto del techo fijado en los contratos.

IV.2. INTERPRETACIÓN DE LA STS DE 9 DE MAYO DE 2013

Hoy día, las dos tesis anteriormente expuestas se han visto superadas por la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088), aclarada por Auto de 3 junio 2013

(RJ 2013, 3617)⁷⁴. Esta sentencia casa precisamente la SAP de Sevilla de 7 de octubre 2011 (AC 2011, 1569), considerada paradigmática de la segunda tesis anterior. Ante todo se parte del presupuesto de que, si efectivamente no ha sido negociada individualmente⁷⁵, la cláusula suelo tiene la naturaleza de cláusula predispuesta, condición general si se ha redactado con la finalidad de incluirse en una pluralidad de contratos, y por tanto su incorporación al contrato debe controlarse conforme a lo dispuesto en la LCGC. Y sin embargo se estima que, al tratarse de una cláusula que describe y define el objeto principal del contrato —el precio del préstamo—, la regla general ha de ser su no sometimiento al control de abusividad aun en el supuesto de que el prestatario sea un consumidor. Siendo así, no es posible, al menos por regla general, controlar judicialmente el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes al que se refiere el artículo 10.1-c de la LGDCU de 1984 (art. 80.1-c de la actual LGDCU).

En cuanto a la consideración de la cláusula como condición general de la contratación, el tenor literal de la sentencia sienta un precedente que podría entenderse contrario a la tesis tradicional en nuestra jurisprudencia menor y expuesta en relación al control de los intereses remuneratorios. Se expresa categóricamente y sin ningún matiz que *«[e]l hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo»*.

Con ello el TS toma como punto de partida el mismo presupuesto que las SSTs de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8021) y 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 148), que consideraron abusivas las cláusulas de redondeo al alza. A nuestro entender las mencionadas sentencias resolvieron con base en una errónea interpretación tanto de la LCGC como de la STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162). En esta última el TJUE consideró que no contravenía el Derecho de la Unión Europea el hecho de que los Estados miembros permitieran el control de abusividad de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato⁷⁶. Obviamente ello es así, pero no implica que el Derecho español haya establecido dicho control, solo que podría haberlo hecho sin contravenir el Derecho comunitario⁷⁷.

El problema hermenéutico radica, de un lado, en que ni el artículo 1 de la LCGC ni el artículo 80 de la LGDCU excluyen expresamente de la aplicación de la Ley aquellas cláusulas relativas al objeto del contrato y; de otro, en el hecho de que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que *«[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*. A la vista de la falta de incorporación a nuestro Ordenamiento del artículo 4.2 de la Directiva podría entenderse que en España sí es posible considerar las cláusulas relativas al objeto del contrato condiciones generales; y, aún más, tal como parece deducirse de las SSTs de 4 de noviembre

de 2010 y 29 de diciembre de 2010, que cabe el control de abusividad propio de las cláusulas predispuestas si participa en el contrato un consumidor. A nuestro entender la falta de incorporación al Ordenamiento español del mencionado precepto de la Directiva debe entenderse un simple error del legislador⁷⁸, una omisión que no debe provocar consecuencias contrarias a los principios que rigen nuestro sistema jurídico-económico, la economía de mercado y la libertad de precios, conforme a lo establecido en el artículo 38 de la CE⁷⁹.

Así, un control de abusividad sobre el objeto del contrato y la evaluación de la falta de reciprocidad de las prestaciones podría conducir a un control por parte del Estado —a través del poder judicial— de los precios libremente pactados por las partes del contrato en el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad. En nuestra opinión, y sin perjuicio de que las partes de un contrato deben consentir informadamente, el control de las situaciones abusivas debe realizarse dentro de nuestro sistema económico-constitucional, que no es otro que la economía de mercado, y cuyo presupuesto es la existencia de un mercado competitivo⁸⁰. No cabe por tanto una revisión de precios, sino la tutela de la competencia conforme al artículo 2 de la LDC, que proscrib el abuso de posición dominante consistente, entre otros supuestos, en la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativos⁸¹; o tal vez, llegado el caso, el control de las buenas prácticas comerciales con base en el artículo 16 de la LCD. Si no se cumplen los presupuestos para que operen estos controles, no es posible valorar la *justicia* del precio de las prestaciones contratadas, ni procurar la revisión del contrato; salvo, claro está, en los casos que excepcionalmente se prevén en nuestro Ordenamiento, como lo establecido, por ejemplo, en la Ley de represión de la usura⁸².

La mencionada jurisprudencia relativa a las cláusulas de redondeo al alza se enmarca, aun sin ponerse expresamente de manifiesto, en la distinción que hace la doctrina más autorizada⁸³ entre aquellas cláusulas contractuales en las que se establece el precio de la prestación y aquellas otras que afectan al precio o guardan relación con él. No cabe control de abusividad sobre las primeras, mientras que las segundas sí quedan sometidas al control propio de las cláusulas predispuestas. Con esta distinción se salvaguardan nuestros principios constitucionales y el hecho de que, por regla general, los tribunales han negado la consideración de condiciones generales a las cláusulas relativas al precio. Pero, al mismo tiempo, se da explicación a las SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 29 de diciembre de 2010 y se protege a los consumidores de este tipo de prácticas bancarias⁸⁴. Siguiendo la mencionada tesis, los intereses remuneratorios no serían susceptibles de control de abusividad, como así se ha considerado por la mayoría de la jurisprudencia menor, y las cláusulas de redondeo sí podrían considerarse abusivas, como así ha sucedido en las mencionadas sentencias. Y, siguiendo esta tesis, el TS podría haber considerado que las cláusulas suelo no son definitivas del precio, aunque aluden al mismo, y por tanto, como en el caso de las cláusulas de redondeo, podría controlarse judicialmente su contenido⁸⁵.

Pero la STS de 9 de mayo de 2013 añade un nuevo matiz a esta distinción⁸⁶. La Sentencia parte del presupuesto de que *«las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato»* y añade que *«las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato y cumplen una función definitoria o descriptiva esencial»*. A la vista de la anterior distinción la consecuencia de tales afirmaciones habría de ser la negación de la consideración de las cláusulas suelo como cláusulas predispuestas y su no sujeción al control de abusividad. Sin embargo, tal como se ha dicho, la Sentencia afirma que, por no haber sido negociadas individualmente, sí merecen la consideración de condiciones generales. Partiendo de estas premisas, el Alto Tribunal aplica directamente el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: pese a tratarse de una cláusula predispuesta, cuando la cláusula defina el objeto del contrato, no cabrá su sometimiento al control de abusividad, sin que quepa por tanto evaluar la equivalencia de los derechos y obligaciones de las partes. Tan solo, en aplicación del mencionado artículo 4.2, cuando el prestatario sea consumidor deberá evaluarse la transparencia en la formulación de la cláusula con arreglo a los parámetros propios de la protección de los consumidores.

De este modo, en principio la cláusula suelo quedará incorporada al contrato si se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la LCGC, preceptos que rigen tanto si el adherente tiene la condición de consumidor como si se trata de un empresario que actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Con ello debe controlarse si la redacción de la cláusula es suficientemente clara y transparente, para lo que, en nuestra opinión, deberían tenerse en cuenta las especiales características de los contratantes —la evidente desigualdad de las partes en lo que se refiere a sus conocimientos y formación jurídica y económica—, la complejidad de los contratos y la existencia de una regulación específica de los contratos bancarios. A este respecto se deja claro en la mencionada Sentencia que la vigencia de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios —hoy día sustituida por la general Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios— no resulta incompatible con el control de incorporación dispuesto en la LCGC⁸⁷.

Ciertamente el mero cumplimiento del proceso de contratación descrito en la normativa sectorial —la Orden de 5 de mayo de 1994 en el momento del contencioso sometido al Alto Tribunal— garantiza razonablemente que se reúnen los requisitos de incorporación de la LCGC⁸⁸. Sin embargo, como se aclara en el Auto de 3 de junio de 2013, ello no debe considerarse definitivo, debiendo atenderse al concreto contrato celebrado⁸⁹.

No obstante, si el prestatario es un consumidor, el control de incorporación previsto en la LCGC es solo un primer criterio para determinar la legalidad de la cláusula. Tal como se ha dicho, la regla general es que las cláusulas suelo no han de someterse al control de abusividad previsto en la LGDCU por tratarse de

la delimitación de uno de los elementos del contrato de préstamo —el interés—. Pero dicha regla general queda exceptuada, a juicio del Tribunal Supremo y en aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, interpretado *a sensu contrario*, cuando la cláusula no esté redactada con suficiente claridad. Ello implica que, aun cuando la cláusula supere el control de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC por considerarse objetivamente clara, si el prestatario es un consumidor deberá además controlarse el requisito de claridad y transparencia del artículo 80.1 —especialmente de su apartado a)— de la LGDCU.

Se entiende así que la transparencia exigida en la LGDCU, que sí es exigible a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, es superior a la requerida con carácter general en la LCGC. En el caso de la LGDCU habrían de contemplarse los contratos celebrados de modo general y no solo atender a los términos en los que se redactaron las concretas cláusulas. En este sentido el Tribunal Supremo entiende que, para que las cláusulas suelo sean lícitas es necesario 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*». Y la sentencia añade que las cláusulas deben permitir «*tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*», sin que queden «*enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro*». Siguiendo este criterio, en el concreto caso sometido al conocimiento del Alto Tribunal, se revocó la sentencia del tribunal de apelación por cuanto que se estimó que las concretas cláusulas suelo analizadas configuraban el contrato como un préstamo a interés fijo, variable solo al alza, siendo previsible para la entidad y sorpresivo para el cliente que operara dicha cláusula suelo; todo ello utilizando la inclusión de una cláusula techo como «*señuelo*» que aparentemente compensaba la introducción de la cláusula suelo.

En conclusión, se entiende que para que la cláusula suelo sea admisible, el clausulado debe dejar claro que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, sin que se ofrezca formalmente como una contraprestación a la cláusula techo; deben aparecer simulaciones de los escenarios probables teniendo en cuenta el comportamiento razonablemente previsible de los tipos de interés; ha de existir una información clara y comprensible sobre el coste comparado de otras modalidades contractuales ofrecidas; y la cláusula no debe ubicarse entre una abrumadora cantidad de datos que dificulten su comprensión⁹⁰.

Siguiendo el razonamiento de la Sentencia, cuando el prestatario es un consumidor, existe un doble control de transparencia —los establecidos en la

LCGC y la LGDCU—, de modo que, interpretando *a sensu contrario* el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el incumplimiento del control previsto en la regulación protectora de los consumidores y usuarios permitiría controlar la abusividad de la condición general relativa al objeto principal del contrato. Pero el Tribunal Supremo rechaza centrar el control de la cláusula en un análisis conjunto de ella con la cláusula techo y con base en el equilibrio de derechos y obligaciones de las partes previsto en el artículo 80.1-c. Muy al contrario el Tribunal entiende que la licitud de la cláusula suelo no debe hacerse depender de las características de la cláusula techo o ni tan siquiera de su existencia, sin que quepa atender a un «equilibrio económico» entre las partes. De hecho incluso se considera, desde un punto de vista formal, que la inclusión del suelo y el techo en una misma cláusula puede ser un elemento distorsionador para que el consumidor pueda enjuiciar el alcance real de la cláusula suelo. Así pues, debe concluirse que la entidad es libre de introducir en el contrato la cláusula suelo con independencia de la existencia o características de la cláusula techo, siempre y cuando la cláusula sea, tal como se ha dicho, suficientemente clara.

Por otra parte, una vez declarada nula la cláusula suelo, la consecuencia de ello no ha de ser la integración judicial del contrato —esto es, la modificación de la cláusula suelo—, sino la eliminación de la cláusula de dicho contrato y la pervivencia del mismo sin suelo alguno. Esta solución se corresponde plenamente con el tenor actualmente vigente del artículo 83 de la LGDCU, tras su modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo⁹¹, pero no con la redacción vigente en el momento del contencioso⁹².

La reforma de la LGDCU estuvo motivada precisamente por el hecho de que el TJUE había considerado que el tenor anterior de la norma española contravenía el artículo 6.1 de la Directiva 93/13⁹³; procediéndose por tanto con ella a la adaptación de nuestro Derecho al mandato comunitario.

De forma correcta, en nuestra opinión, la STS de 9 de mayo de 2013 rechaza la aplicación del artículo 83 de la LGDCU según la redacción entonces vigente e, invocando la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), resuelve conforme a la Directiva europea. A nuestro entender una solución contraria incentivaría la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por parte de los empresarios, pues la sanción no sería más que la de modificar la cláusula —en este caso el suelo— dándole el contenido que podría haber tenido desde un primer momento.

En cuanto a los efectos temporales de la nulidad de la cláusula la STS de 9 de mayo de 2013 considera que la nulidad de la cláusula suelo tiene solo efectos *ex nunc*, sin que deban recalcularse las cuotas ya pagadas y devolverse el exceso o imputarse al capital pendiente de pago. A este respecto la decisión del Tribunal de excluir la retroactividad de los efectos de la Sentencia se basa ante todo en el hecho de que en dicha Sentencia se resuelve una acción colectiva de cesación, con lo que la retroactividad implicaría la necesidad de restituir ingentes

cantidades de dinero, incluso respecto a contratos de préstamo ya consumados. Se niega tal consecuencia sobre la base de que ello podría contravenir el principio de seguridad jurídica e implicar un riesgo para el orden público económico⁹⁴.

A nuestro parecer, resulta muy positivo que el Tribunal entre a enjuiciar la transparencia de las cláusulas suelo, siendo en este caso muy clarificadora la enumeración ejemplificativa de los elementos que deben tener en cuenta los tribunales de instancia para apreciar la legalidad de la cláusula⁹⁵. Sin embargo, el reconocimiento de un doble nivel de protección —el general de la LCGC, aplicable también a prestatarios no consumidores, y el reforzado de la LGDCU, vigente solo para prestatarios consumidores— coloca en una difícil posición a quienes no tienen la condición de consumidores. Ello carece de sentido cuando ya los artículos 5.5 y 7 de la LCGC exigen para la incorporación de las condiciones generales la claridad y la inteligibilidad de la cláusula⁹⁶. Es más, si realmente la complejidad del contrato provoca la imposibilidad del prestatario de conocer el alcance de la cláusula suelo y por tanto el modo en el que se va a determinar el interés aplicable a la operación, podrían llegar a resultar de aplicación los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil. Ciertamente, el especial énfasis del tenor literal de la LGDCU en la claridad de las condiciones de los contratos podría amparar la idea de una protección reforzada a este respecto del consumidor. Pero si se observa la cuestión desde el punto de vista del prestatario no consumidor y se interpreta *a sensu contrario* la sentencia del Tribunal Supremo el resultado puede ser la desprotección de dicho prestatario. Así, al parecer, resultaría irrelevante para este que pudiera conocer con sencillez la carga económica y jurídica que supone la introducción de la cláusula en el contrato; resultaría irrelevante que pudiera conocer claramente su posición jurídica o la distribución de los riesgos que puede implicar la cláusula en el desarrollo del contrato; resultaría irrelevante que el prestatario pudiera tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo puede operar la cláusula en la economía del contrato; y resultaría irrelevante por último que la cláusula suelo quedara enmascarada entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que dificultaran la comprensión de la cláusula. A la vista de todas estas cuestiones, cuyo desconocimiento según entiende el Tribunal Supremo resulta irrelevante para el prestatario no consumidor, no cabe sino poner en tela de juicio el alcance de la protección dispensada por la LCGC. Y, al mismo tiempo, semejante distinción tampoco se fundamenta en una radical y esencial diferencia entre el prestatario consumidor y no consumidor. El hecho de que el crédito financie la actividad empresarial —la adquisición de un inmueble para abrir un establecimiento mercantil, por ejemplo— no debe suponer de forma automática una elevación del parámetro de diligencia o de los conocimientos exigibles a dicho prestatario. Si, para un prestatario moderadamente informado, la cláusula contractual no es suficientemente clara en el contexto del contrato, no debería superar el control de incorporación de los artículos 5 y 7 de la LCGC⁹⁷.

La STS de 9 de mayo de 2013 ha sido seguida por sentencias posteriores de tribunales inferiores, habiéndose constituido en un referente para la resolución de las demandas de impugnación de cláusulas suelo por los prestatarios⁹⁸. No obstante, de forma acertada en nuestra opinión, algunas sentencias⁹⁹ han entendido que la declaración de nulidad de la cláusula sí tiene efectos retroactivos, como corresponde a la naturaleza de la nulidad, sin que pueda apreciarse en un contencioso promovido por un particular la justificación del riesgo para el orden público económico que reconoce el TS para no estimar la retroactividad de la nulidad de la cláusula¹⁰⁰.

IV.3. POSIBLE INCIDENCIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL SOBRE LA CUESTIÓN

Pese a que no prevé derogar la LCGC, el PCM introduce algunas normas relativas a las condiciones generales de la contratación que, habría de entenderse, regirían solo para los contratos mercantiles¹⁰¹. Dado que el préstamo bancario es un contrato mercantil, sin perjuicio de la participación en el mismo de un consumidor, de entrar en vigor el PCM tales normas resultarían de aplicación¹⁰². En concreto, el artículo 430-3.2 dispondría que *«[c]arece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que esta la acepte expresamente»*.

A nuestro modo de ver, no queda claro el sentido del precepto. Podría entenderse que se trata de cláusulas cuya inserción en el contrato fuera inesperada para el adherente, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato, los tratos preliminares o la práctica habitual. Al exigir su aceptación expresa la norma estaría forzando una llamada de atención al adherente sobre esta condición general¹⁰³. No obstante también es posible entender que esta llamada de atención se está haciendo sobre una cláusula cuya aplicación pudiera provocar durante la ejecución del contrato efectos no previstos por el adherente en el momento de la celebración del contrato. De seguirse esta última interpretación la norma podría ser de plena aplicación a las cláusulas suelo si no cumplieran los requisitos expuestos por la STS de 9 de mayo de 2013, pues en el fondo es esta plena información de las consecuencias de la inserción de la cláusula lo que pretende dicha Sentencia.

Por otro lado el PCM incorpora en su artículo 416-2 la posibilidad de instar la renegociación del contrato y, en su caso, finalmente la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o incluso su extinción en el supuesto de que sobrevenga una excesiva onerosidad del contrato¹⁰⁴. De entrar en vigor está por ver la aplicación que harían los tribunales de esta compleja norma, que parece establecer legalmente una regla análoga la cláusula *rebus sic stantibus*. En nuestra opinión tal regla sería solo de dudosa aplicación en el

supuesto de los préstamos a interés variable, por cuanto que en estas operaciones prestamista y prestatario asumen expresamente el riesgo de que el tipo de referencia baje o suba, aunque al mismo tiempo podría considerarse un claro ejemplo de supuesto en el que la alteración de las circunstancias provoca una excesiva onerosidad del contrato. Por otra parte las cláusulas suelo y techo vienen precisamente a eliminar esta incertidumbre, con lo que no parece que una bajada del tipo de referencia por debajo del suelo debiera implicar la activación de la posibilidad prevista en el artículo 416-2 —posibilidad que ha de considerarse en todo caso excepcional—, pues simplemente se darían las circunstancias previstas en el contrato para que opere la cláusula suelo acordada entre las partes.

V. LOS INTERESES MORATORIOS: CRITERIOS PARA DETERMINAR SU CARÁCTER ABUSIVO

V.1. PLANTEAMIENTO

A diferencia del caso de los intereses remuneratorios la Ley de 23 de julio de 1908 de represión de la usura no se aplica a los intereses moratorios (SSTS de 2 de octubre de 2001 [RJ 2001,7141], 4 de junio de 2009 [RJ 2009,4747] y 26 de octubre de 2011 [RJ 2012,1126])¹⁰⁵, si bien, tal como se ha expuesto, la declaración de usurario de un préstamo por el carácter excesivo de los intereses remuneratorios implica que el prestatario debe solo restituir el principal del crédito, quedando sin efecto tanto los intereses remuneratorios como los moratorios.

No obstante, tratándose de una cláusula que no se refiere a un elemento esencial del contrato, si la cláusula no ha sido individualmente negociada y se cumplen el resto de presupuestos para ello resulta indudablemente de aplicación la LCGC. Y si el prestatario es un consumidor podrá controlarse igualmente el carácter abusivo de la cláusula predispuesta¹⁰⁶. Así pues un tipo de interés moratorio excesivo contravendría claramente el artículo 85.6 de la LGDCU, que prescribe que son abusivas las cláusulas que establezcan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones.

Evidentemente la posibilidad de invocar la protección de la LGDCU dependerá de la consideración de consumidor del prestatario. El artículo 3 de la LGDCU define a los consumidores como «*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*», así como «*las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*»¹⁰⁷. Con ello se excluye del ámbito de la Ley el denominado «consumo empresarial», esto es, la adquisición de productos o servicios para aplicarlos a un proceso productivo, sin que requiera dicha exclusión que los

productos o servicios adquiridos por el empresario sean directamente el objeto de su propia actividad empresarial¹⁰⁸.

Si el prestatario es un empresario que solicita el préstamo para financiar su actividad empresarial no es de aplicación la LGDCU. En tal caso la protección que le dispensa el Ordenamiento es mucho más débil. Lógicamente se aplicará la LCGC y toda la regulación protectora del cliente bancario en lo que se refiere al deber de información y a la formación de la voluntad de dicha parte contratante. Pero, superado dicho filtro de legalidad, no se controla que los intereses moratorios sean excesivos.

V.2. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO EMPRESARIO

V.2.A. *La posibilidad de aplicar la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*

Un sector doctrinal¹⁰⁹ ha planteado la posibilidad de que resulte de aplicación a los contratos bancarios de financiación a empresarios la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Para ello se trae a colación la tramitación parlamentaria de la norma —en la cual se suprimió la exclusión expresa de estos contratos de su ámbito de aplicación—. Frente a esta idea existe también doctrina que ha justificado la no aplicación de esta norma al contrato de préstamo por el hecho de que se trata de un contrato unilateral en el que los pagos que efectúa el prestatario no son propiamente contraprestación de un bien o servicio¹¹⁰. Con ello no resultaría procedente la aplicación de la Ley, cuyo ámbito queda delimitado a la mora en las obligaciones de «*pago en las operaciones comerciales que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios*» (art. 1)¹¹¹; como por otra parte se recogía en la derogada Directiva 2000/35/CE¹¹² y se recoge en la vigente Directiva 2011/7/UE¹¹³.

A nuestro modo de ver, la consideración del contrato de préstamo como contrato unilateral o como contrato bilateral y sinalagmático no es determinante para decidir si la Ley 3/2004 resulta o no aplicable a estos contratos. Tal como indicamos al inicio de este trabajo¹¹⁴, es evidente que la configuración del contrato de préstamo en nuestros Códigos es la de un contrato unilateral y real. Por su parte, la calificación del acuerdo previo por el que el prestamista se compromete a prestar en unas condiciones ha sido debatida: la doctrina tradicional, que sostiene la naturaleza esencialmente real del contrato, lo califica de precontrato; mientras que otros autores lo consideran un contrato de préstamo configurado por las partes como consensual y bilateral. En cualquier caso, no cabe duda de que los intereses remuneratorios son el precio del préstamo, la

cantidad que retribuye al prestamista la operación y, aunque en la sistemática legal representen un contenido facultativo del contrato, en la praxis ordinaria del contrato de préstamo bancario se vinculan a la causa onerosa del mismo.

Dicho esto, en nuestra opinión, no parece que la *ratio* de la norma sea regular los contratos bancarios. La Ley 3/2004 busca claramente proteger a los acreedores frente a la inserción de cláusulas en los contratos y la realización de prácticas comerciales abusivas que amparen una conducta morosa de los deudores. Se trata de impedir que contratantes de un perfil determinado —la Administración pública o también empresarios con una mayor capacidad de negociación o un mayor margen de actuación— obtengan financiación ilícitamente a costa del retraso en el cumplimiento de sus obligaciones respecto de otros empresarios con los que mantienen relaciones comerciales; retrasos que, a la postre, podrían afectar negativamente a la solvencia de estos últimos empresarios. Se trata de evitar que aquellos contratantes logren configurar, a través de la inserción de ciertas cláusulas en los contratos o por una adecuada gestión del impago por su parte, una situación en la que les resulte más conveniente el cumplimiento moroso que el puntual de sus obligaciones. Evidentemente la norma es igualmente aplicable a pequeños empresarios que actúen en un plano de igualdad, razón por la que el carácter abusivo de las cláusulas contractuales no se circunscribe a las condiciones generales de la contratación. Pero no es planteable que la Ley 3/2004 busque proteger a las entidades de crédito de un posible abuso por parte de sus clientes prestatarios. No parece que la Ley trate de solucionar este problema porque, sencillamente, este problema no existe. Ha de dejarse patente que la Ley no busca exactamente promover el cumplimiento puntual de las obligaciones de pago, sino evitar situaciones abusivas. Frente a un deudor incapaz de atender a sus obligaciones la Ley 3/2004 es absolutamente inútil. Y, ante el riesgo de que el prestatario tenga una conducta fraudulenta, las entidades tienen recursos y conocimientos suficientes para defender sus intereses. Lo que se busca es que la contraparte de un contrato no imponga un plazo de pago excesivamente dilatado en las operaciones comerciales, unas condiciones de la mora (requisitos para entrar en ella y consecuencias de la misma) o una regulación de los costes de cobro abusiva.

Partiendo de esta idea resulta un tanto forzado incluir al préstamo bancario entre las operaciones comerciales definidas en el artículo 1 de la Ley: aquellas que dan lugar a la entrega de bienes o servicios. No tendría sentido siquiera tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 respecto al plazo de pago o considerar abusivos plazos más amplios; no tendría amparo legal alguno que una entidad de crédito pretendiera cobrar un interés de demora superior al pactado por el hecho de que resulta inferior al dispuesto en el artículo 7; ni, por último, podría la entidad de crédito cobrar los 40 euros previstos en el artículo 8 si ello no está recogido en el contrato. Tan solo podría plantearse la aplicación de la Ley 3/2004 a los préstamos bancarios en los supuestos en que se rompa la

premisa expuesta en el párrafo anterior. Es decir, si realmente una Administración Pública o una gran empresa —tal vez otra entidad de crédito— llegara a imponer condiciones abusivas a la entidad de crédito prestamista podría no ser descartable encontrar acomodo a una posible declaración de abusividad en esta norma. Aparte de en este tipo de supuestos, realmente cercanos a situaciones reguladas en el artículo 2 de la LDC, no parece adecuado plantear con carácter general la aplicación de la Ley 3/2004.

Dicho esto, lo cierto es que la doctrina ha apuntado también la posibilidad de efectuar una interpretación y aplicación *inversa* de la Ley 3/2004; en defensa, no del acreedor, sino del deudor, en este caso del prestatario. Para ello se parte de la idea de que la norma establece un interés de demora razonable (y por tanto de aplicación supletoria). Pero, al mismo tiempo, si el interés de demora pactado se aparta manifiesta e injustificadamente de este interés razonable en contra del deudor también debería considerarse abusivo¹¹⁵.

En nuestra opinión, resulta evidente que no es esto lo que dispone la norma. La Ley 3/2004 sigue a lo largo de todo su tenor literal un criterio de *favor creditoris*. Tal como se ha dicho trata de proteger a los acreedores. No busca la Ley establecer propiamente un tipo moratorio supletorio de referencia para que deban considerarse abusivos aquellos tipos que se alejen injustificadamente al alza o a la baja del mismo. Los diversos preceptos de la Ley no deben aplicarse de forma inversa y a favor del deudor. Cuestión distinta es que, considerado abusivo o digno de moderación un tipo de interés moratorio, el juzgador busque un criterio objetivo en las normas para sustituir el pactado por las partes y dicho criterio se encuentre en la Ley 3/2004. Ello sucedió precisamente en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528), relativa a un préstamo bancario, no a un empresario, sino a un consumidor. Dicho interés moratorio se consideró ilícito conforme a la LGDCU y se moderó acudiendo al tipo de interés del artículo 7 de la Ley 3/2004.

V.2.B. *Posibilidad de moderar los intereses moratorios estipulados como cláusula penal*

Descartada la aplicación de la Ley 3/2004 hemos de interrogarnos sobre la posibilidad de reducir los intereses moratorios de préstamos empresariales con base en los artículos 1.103 y 1.154 del Código Civil¹¹⁶. Ello es así por cuanto que el pacto acerca de los intereses moratorios es una cláusula penal¹¹⁷, con lo que, si se cumplen los requisitos para ello, podría moderarse por los tribunales. El artículo 1.154 del Código Civil establece que el juez «*modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*». Este precepto se ha interpretado literalmente por la jurisprudencia, de modo que ha de entenderse que establece no una posibilidad,

sino un deber del juez¹¹⁸, que debe cumplir de oficio, aun cuando no lo hayan solicitado las partes¹¹⁹. Sin embargo la modificación de la pena será procedente solo si, como dice la norma, la obligación se ha cumplido únicamente en parte o irregularmente. Si se hubiera incumplido totalmente la obligación no será posible la moderación de la pena¹²⁰. Y, al mismo tiempo, con ello se entiende que, si la pena se hubiere previsto desde un primer momento para el incumplimiento parcial del deudor y se produjera un incumplimiento subsumible en aquel, no cabrá su moderación con base en la equidad¹²¹. Tal como considera la jurisprudencia «*la finalidad del repetido artículo [el 1.154 CC] no reside en si debe rebajarse equitativamente una pena por resultar excesivamente elevada, sino en que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento total y la determinaron en función de esa hipótesis*» (STS de 4 de mayo de 2011 [RJ 2011, 3728]). Ello hace que la mayoría de la jurisprudencia considere que cuando la cláusula penal se ha previsto específicamente para la mora no pueda reducirse¹²². En definitiva, la regla general excluiría la rebaja de los intereses moratorios por resultar excesivos, con base en los artículos 1.103 y 1.154 del Código Civil.

Dicho esto, lo cierto es que también existen algunas sentencias que no siguen la indicada interpretación. En las mismas, se acude al artículo 1.154 del Código Civil para suplir la no aplicación de la Ley de represión de la usura y la LGDCU a los intereses moratorios en préstamos concedidos a empresarios, con el resultado de reducir los intereses pactados por considerarlos demasiado elevados. Abanderada de esta tesis jurisprudencial es la STS de 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1351), seguida por numerosas sentencias de las audiencias provinciales¹²³. En esta sentencia, relativa a un arrendamiento financiero, tras rechazar la aplicación de las leyes citadas, se reduce el interés moratorio por considerar que los intereses pactados son excesivos y muy superiores a los daños efectivamente causados por el incumplimiento¹²⁴.

V.3. LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO CONSUMIDOR

En el caso de que el prestatario sea un consumidor la protección del mencionado artículo 85.6 de la LGDCU es mucho más fuerte, por cuanto que la norma prescribe la abusividad de la cláusula por la que se imponga una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones. La protección resulta en este caso más evidente, pues el precepto incluye claramente este supuesto de hecho, pero no por ello está exenta de problemas hermenéuticos. Nuevamente la ilicitud de la cláusula se hace depender de un concepto indeterminado que debe ser interpretado por el juez, ofreciendo la jurisprudencia una variada casuística¹²⁵. La jurisprudencia ofrece en líneas generales dos posibles criterios interpretativos¹²⁶. El primero de ellos, seguido en la STS de 23 de septiembre de 2010 (RJ 2010,7296)¹²⁷, sería tomar como

referencia para valorar la desproporción el parámetro del artículo 20.4 de la actual Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo —antiguo 19.4 de la derogada Ley de crédito al consumo, citado por la sentencia—, que resultaría de aplicación analógicamente. De hecho el propio artículo 89.7 de la LGDCU estima que unas condiciones más onerosas a las previstas en dicha disposición deben considerarse abusivas —tal como se disponía igualmente en el apartado 29 de la disposición adicional 1ª de la LGDCU de 1984—. El artículo 20.4 de la Ley 16/2011 establece que el interés máximo aplicable a los descubiertos en cuentas corrientes es 2,5 veces el interés legal del dinero¹²⁸. Se aplicaría por tanto analógicamente este límite a los intereses de demora pactados en otros contratos bancarios de activo, como el préstamo. En definitiva, siguiendo esta tesis, el interés moratorio sería abusivo si superase este porcentaje.

En la actualidad, esta tesis jurisprudencial se enfrenta al obstáculo del tenor literal del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto, introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece en relación a los préstamos hipotecarios para la adquisición de la vivienda habitual hipotecada un límite a los intereses de demora de 3 veces el interés legal del dinero¹²⁹. Evidentemente la norma pretende otorgar protección a estos deudores, no excepcionar una regla general para que los mismos tengan una protección inferior. Siendo así, resulta lógico entender que el límite general para los intereses moratorios no puede ser inferior al establecido como excepción en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria¹³⁰. En nuestra opinión, sin embargo, no es difícil pensar que el legislador ha pretendido otorgar dicha protección a este tipo de deudores sin una previa reflexión acerca de la existencia del mencionado criterio jurisprudencial y, desde luego, sin pretender que una interpretación *a sensu contrario* del precepto impida apreciar la analogía con el artículo 20.4 de la Ley 16/2011 en otros supuestos distintos. Lo que sí habrá evitado será la aplicación del límite fijado por esta tesis jurisprudencial —el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero— a los préstamos hipotecarios regulados por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

El segundo criterio parte de considerar que el anterior expuesto no resulta determinante¹³¹, sino que, para saber si un interés moratorio es abusivo, debería atenderse a las condiciones del mercado. Normalmente se viene considerando abusivo un interés moratorio superior al 20% TAE, sin que los tribunales sigan una postura uniforme en este sentido¹³² y sin que se argumente tal decisión con base en ningún criterio objetivo claramente reconocible¹³³.

Una vez se ha considerado excesivo el interés moratorio en atención a uno de estos dos criterios, tradicionalmente nuestros tribunales se han mostrado favorables a reducir dicho interés, lo que, por otra parte, se correspondía con lo dispuesto en el artículo 83 de la LGDCU hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2014¹³⁴. Cuando se ha seguido la primera tesis, el interés moratorio se ha

reducido hasta el límite considerado lícito, esto es el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero.

Cuando se ha seguido la segunda tesis, la moderación de los intereses moratorios se ha hecho siguiendo diversas alternativas. En algún supuesto, obviando incluso a veces la existencia de una regulación especial protectora de los consumidores y usuarios, se ha aplicado, como en el caso anterior, el artículo 1.154 del Código Civil para reducir la cláusula penal consistente en el pacto de intereses moratorios. En tal caso la moderación se ha realizado con base en la equidad según el leal saber y entender del juez¹³⁵. Otras veces, lo que ha sido más frecuente, se ha resuelto conforme a la regulación protectora de los consumidores y usuarios, tratando el tribunal de buscar algún criterio objetivo con el que decidir la cuantía exacta a la que deben reducirse los intereses moratorios. En alguna ocasión se ha puesto en relación el interés moratorio con el interés remuneratorio pactado¹³⁶ o con el tipo de interés legal¹³⁷. Y en alguna otra, considerado abusivo el interés moratorio por contravenir el artículo 85.6 de la LGDCU, se sustituye el interés moratorio pactado en el contrato por el más alto de los dos siguientes: (1) el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero o (2) el previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; norma que, nuevamente, se aplicaría por analogía. Con ello, el interés moratorio se reduciría al publicado semestralmente en el BOE por el Ministerio de Economía como tipo de interés de demora supletorio en las operaciones comerciales, siempre y cuando, según se ha expuesto, supere el 2,5 el interés legal del dinero¹³⁸.

Más modernamente, la jurisprudencia ha considerado también que, una vez declarada nula la cláusula de intereses moratorios, tales intereses no deben moderarse, sino suprimirse¹³⁹. Esta tesis se basa en la aplicación directa del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, al considerar contrario al Derecho europeo el artículo 83 de la LGDCU, según se declaró en la la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143). Muy acertadamente, en nuestra opinión, el argumento para defender esta tesis es que en caso contrario se estaría incentivando la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos por parte de las entidades de crédito, pues la sanción aplicable a ello no sería más que la de reducir el tipo de interés a uno aproximado al que hubiera aplicado la entidad si no hubiera intentado utilizar un tipo abusivo. Hoy día, tras la modificación del artículo 83 de la LGDCU por la Ley 3/2004, precisamente para adaptarla al tenor del artículo 6.1 de la Directiva, no cabe duda de que la consecuencia de considerar abusivo un interés moratorio es la supresión de dicho interés, sin que quepa su reducción a lo *razonable*.

A nuestro modo de ver sería muy aconsejable contar con un parámetro objetivo para determinar la abusividad de los intereses moratorios, como sucede en el caso de los descubiertos en cuenta corriente. Sin embargo no parece

adecuado entender que el límite impuesto para estos casos, el resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal del dinero, es extensible automáticamente a otros supuestos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. El artículo 85-6 de la LGDCU establece la abusividad de las cláusulas que impongan al consumidor una indemnización *desproporcionadamente* alta como consecuencia del incumplimiento. Pero no dice el precepto respecto a qué debe ser *proporcionada* la indemnización.

Habría de tenerse en cuenta ante todo cuál es el daño que se ha causado al empresario como consecuencia de la mora del consumidor. Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta también que los intereses moratorios pactados son una cláusula penal que en gran medida tiene la función de disuadir a la contraparte del retraso en el cumplimiento. Y, sobre todo, la cláusula penal trata de evitar la necesidad de cuantificar el daño causado por este retraso. En sí misma la cláusula penal implica la libre cuantificación de dicho daño por las propias partes, por lo que, en principio, y tal como se ha visto en relación al artículo 1.154 del Código Civil, no debe alterarse lo pactado. La clave está, en nuestra opinión, en que en el supuesto del artículo 85-6 de la LGDCU es una de las partes, el empresario, la que impone a la otra, el consumidor, una indemnización *desproporcionada*. Hay que entender entonces que lo que se prohíbe es la imposición de una indemnización excesiva —esto es, muy superior— a los daños efectivamente causados al prestamista, de modo que pueda entenderse que dicha actuación por parte de él es contraria a la buena fe. Deberían por tanto tenerse en cuenta las circunstancias del mercado para determinar si la cláusula por la que se establecen los intereses moratorios es o no abusiva.

V.4. BREVE REFERENCIA A LA DISCIPLINA DE LA MORA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

De aprobarse en los términos actuales, el PCM derogaría la Ley 3/2004, cuyo contenido se integraría con algunas modificaciones en sus artículos 418-4 y sigs. En concreto, el tipo de interés moratorio supletorio para las operaciones entre empresarios o entre estos y la administración se regularía en el artículo 418-5.1.

Por otra parte el PCM establece un tipo de interés moratorio supletorio para las obligaciones mercantiles en general —no ya el específico para las operaciones entre empresarios o estos y la administración del artículo 418-5.1— en el artículo 418-2.1 (el interés legal del dinero¹⁴⁰) y un tipo supletorio para el caso del préstamo en el artículo 573-8.2 (el más alto de entre el interés retributivo y el interés legal del dinero). Evidentemente no siempre que se pacte un interés moratorio superior a estos nos encontraríamos ante una cláusula abusiva¹⁴¹. El PCM permite que se pacten unos intereses moratorios superiores, además de otras cláusulas penales (art. 573-8.3). En definitiva, los criterios para deter-

minar el carácter abusivo del interés moratorio hasta aquí examinados podrán mantenerse.

VI. EL CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO. EN ESPECIAL, EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS JUICIOS MONITORIO E HIPOTECARIO

Tal como se ha visto, iniciado por la entidad de crédito un proceso para exigir el pago de la deuda, es posible la reducción de la cantidad que deba pagarse por el hecho de que la liquidación presentada se haya realizado con base en unos intereses remuneratorios usurarios, la existencia de una cláusula suelo ilícita o unos intereses moratorios abusivos. Debe aludirse ahora a dos problemas de índole procesal de cuya resolución depende en gran medida la efectividad práctica de lo tratado en los epígrafes anteriores: la posibilidad de que tales cuestiones puedan, de un lado, ser controladas de oficio y *ad limine litis* por el juez; y, de otro, en el caso del procedimiento ejecutivo, la de ser invocadas por el deudor para evitar la ejecución.

Ambos problemas han sido definitivamente resueltos¹⁴² para el procedimiento ejecutivo y cuando el deudor sea un consumidor con la entrada en vigor de la Ley 1/2013¹⁴³. Entre otros cambios esta Ley ha modificado los artículos 552, 557 y 561 de la LEC¹⁴⁴. Tras la reforma, despachada ejecución con base en un título ejecutivo no judicial ni arbitral, el deudor puede oponerse a ella por el hecho de que el título contenga una cláusula abusiva¹⁴⁵. Asimismo, si el juez aprecia la existencia de una cláusula abusiva, debe dar audiencia a las partes¹⁴⁶ y resolver lo que proceda. En cualquiera de ambos casos, apreciado el carácter abusivo de la cláusula, el auto que se dicte determinará las consecuencias de ello, bien decretando la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de las cláusulas consideradas abusivas¹⁴⁷.

Asimismo, la Ley 1/2013 ha modificado el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, de modo que cuando la venta del inmueble se lleve a cabo extrajudicialmente, si el notario considera que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, debe ponerlo en conocimiento del deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor a los efectos oportunos. Y, en cualquier caso, planteado ante el juez el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, el notario debe suspender la venta extrajudicial.

Tal como reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2013, estas modificaciones legislativas se han producido como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)¹⁴⁸, dictada para resolver una cuestión propuesta por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona en relación a una ejecución hipotecaria. En esta sentencia el Tribunal Europeo reitera su postura

de que el juez debe controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los contratos¹⁴⁹, acordando incluso si fuera preciso la práctica de prueba¹⁵⁰. Por otra parte esta sentencia entendía que el Ordenamiento español quebrantaba el principio de efectividad procesal de los derechos de los consumidores conferidos por el Derecho europeo. Ello era así, antes de la reforma indicada, por cuanto que la reclamación del deudor con base en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato debía efectuarse en un procedimiento ordinario, cuyo inicio no implicaba la paralización de la ejecución. De este modo, aunque el resultado del proceso ordinario fuera favorable a la pretensión del deudor, ello no provocaba la recuperación del bien ejecutado. Muy al contrario, tras la adjudicación del bien a un tercero, la pérdida del bien por el deudor resultaba irreversible¹⁵¹.

A la vista de la jurisprudencia del TJUE ha de entenderse por tanto que la posibilidad de apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas predispuestas constituye una regla predicable también de otros procesos¹⁵². Conforme a lo dispuesto en el artículo 83 de la LGDCU, tras su reforma por la Ley 3/2014, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato. Con esta audiencia por tanto se evitaría la indefensión del acreedor, que podría argumentar en el proceso lo que conviniera a su derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, y al plantearse el control de oficio solo respecto de las cláusulas abusivas y en el marco de la regulación —en este caso procesal— protectora de los consumidores y usuarios, no parece que cuando el deudor no sea un consumidor goce de una protección equivalente. En definitiva, el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación *ex* artículos 5 y 7 de la LCGC debe ser en todo caso invocado por el deudor para que sea efectivo.

E igualmente quedan en el aire los efectos que la STJUE de 14 de marzo de 2013 pueda tener sobre el control de la usura por los Tribunales. Según se ha visto la usura no es controlada en nuestro Ordenamiento como una cláusula abusiva —pues de hecho alude directamente al objeto del contrato, sin perjuicio de las consideraciones efectuadas en relación a las cláusulas suelo y a la STS de 9 de mayo de 2013—. Y sin embargo es indudable que Ley de represión de la usura brinda al consumidor una protección complementaria a la propia de los consumidores y usuarios. A este respecto, la jurisprudencia ha rechazado en alguna ocasión el control de oficio de la usura, sin distinguir si el deudor es o no consumidor¹⁵³. A nuestro entender la mencionada STJUE provocará que la usura pueda ser apreciada de oficio cuando el deudor sea un consumidor, si bien no en caso contrario.

En cuanto a la oposición a la ejecución con base en estas circunstancias por parte del deudor no consumidor, tampoco parece posible, teniendo en cuenta el carácter tasado de las causas de oposición y la imposibilidad de encontrar justificación normativa en la oposición por pluspetición.

VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 10 de diciembre (*RTC* 1985, 167).
- STC de 18 de junio (*RTC* 2001, 140).

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144).
- STJUE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155).
- STJUE de 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009, 309).
- STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162).
- STJUE de 9 de noviembre de 2010 (TJCE 2010, 335).
- STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143).
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (TJCE 2013, 46).
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89).

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 24 de noviembre de 1984 (*RJ* 1984, 5658).
- STS de 20 de mayo de 1986 (*RJ* 1986, 2734).
- STS de 18 de mayo de 1987 (*RJ* 1987, 353).
- STS de 27 de noviembre de 1987 (*RJ* 1987, 8701).
- STS de 30 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9713).
- STS de 16 de abril de 1988 (*RJ* 1988, 3173).
- STS de 7 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 754).
- STS de 10 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3679).
- STS de 19 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 9409).
- STS de 29 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7330).
- STS de 6 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9228).
- STS de 8 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 690).
- STS de 18 de marzo de 1993 (*RJ* 1993, 2023).
- STS de 15 de febrero de 1994 (*RJ* 1994, 1315).
- STS de 30 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10242).
- STS de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8604).
- STS de 13 de febrero de 1996 (*RJ* 1996, 1252).
- STS de 19 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5802).
- STS de 31 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 6083).
- STS de 18 de noviembre de 1996 (*RJ* 1996, 8361).

- STS de 17 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5759).
- STS de 29 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 8441).
- STS de 7 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1267).
- STS de 17 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1351).
- STS de 18 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1704).
- STS de 30 de junio de 1998 (*RJ* 1998, 5294).
- STS de 27 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2371).
- STS de 30 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 1719).
- STS de 18 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4478).
- STS de 7 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 282).
- STS de 16 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 9906).
- STS de 2 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 8492).
- STS de 10 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6191).
- STS de 22 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6466).
- STS de 2 de octubre de 2001 (*RJ* 2001, 7141).
- STS de 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2879).
- STS de 7 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2887).
- STS de 21 de marzo de 2002 (*RJ* 2002, 2526).
- STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045).
- STS de 8 de octubre de 2002 (*RJ* 2003, 358).
- STS de 21 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10269).
- STS de 5 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8640).
- STS de 17 de diciembre de 2003 (*RJ* 2003, 8792).
- STS de 21 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 3956).
- STS de 21 de septiembre de 2004 (*RJ* 2004, 5576).
- STS de 27 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 3769).
- STS de 3 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 7099).
- STS de 15 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 1223).
- STS de 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 286).
- STS de 14 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 3536).
- STS de 25 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6577).
- STS de 4 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 1101).
- STS de 26 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 2342).
- STS de 20 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3861).
- STS de 10 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 6812).
- STS de 4 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3196).
- STS de 19 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3225).
- STS de 15 de julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365).
- STS de 15 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5692).
- STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152).
- STS de 22 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 163).
- STS de 26 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 2387).

- STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009,4747).
- STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702).
- STS de 31 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 4032).
- STS de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554).
- STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010,7296).
- STS de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8021).
- STS de 29 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 148).
- STS de 4 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3728).
- STS de 26 de octubre de 2011 (*RJ* 2012,1126).
- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857).
- STS de 22 de febrero de 2013 (2013, 1609).
- STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280).
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).
- ATS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617).
- ATS de 6 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 355553).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Burgos de 26 octubre de 1992 (*AC* 1992, 1442).
- SAP de Oviedo de 22 de enero de 1993 (*AC* 1993, 32).
- SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409).
- SAP de Cuenca de 2 de mayo de 1996 (*AC* 1996, 989).
- SAP de Castellón de 20 abril de 1999 (*AC* 1999, 1086).
- SAP de Barcelona de 9 de junio de 1999 (*AC* 1999, 1509).
- SAP de Murcia de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 774).
- SAP de Murcia de 31 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1282).
- SAP de Pontevedra de 27 de junio de 2000 (*AC* 2000, 3772).
- SAP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 1941).
- SAP de Burgos de 31 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 12518).
- SAP de Gerona de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 121934).
- SAP de Madrid de 5 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 1665).
- SAP de Córdoba de 4 de mayo de 2001 (*AC* 2001, 1082).
- SAP de Lérida de 14 de enero de 2002 (*AC* 2002, 181).
- SAP de Sevilla de 23 de enero de 2002 (*AC* 2002, 1013).
- SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2002 (*JUR* 2002, 152009).
- SAP de Barcelona de 16 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 155097).
- SAP de Zamora de 16 de mayo de 2002 (*JUR* 2002, 189215).
- AAP de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (*AC* 2002, 1245).
- SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2002 (*JUR* 2003, 22324).
- AAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 19805).
- SAP de Murcia de 9 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 195958).

- AAP de Burgos de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 122479).
- SAP de Barcelona de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 196488).
- SAP de Barcelona de 10 de julio de 2003 (*AC* 2003, 1141).
- SAP de Madrid de 11 mayo de 2004 (2005, 832).
- AAP de Barcelona de 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 22121).
- SAP de Madrid de 5 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 2273).
- AAP de Barcelona de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 117236).
- AAP de Barcelona de 7 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 116734).
- SAP de Valencia de 12 abril de 2005 (*JUR* 2005, 165048).
- SAP de Málaga de 13 julio de 2005 (*AC* 2005, 1634).
- SAP de Valencia de 21 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 107147).
- SAP de Córdoba de 5 de febrero de 2007 (*AC* 2007, 1112).
- SAP de Tarragona de 18 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314433).
- AAP de Barcelona de 26 de enero de 2009 (*AC* 2009, 1186).
- SAP de Barcelona de 19 marzo de 2009 (*AC* 2009, 1364).
- AAP de Asturias de 23 de junio de 2009 (*AC* 2009, 1722).
- AAP de Tarragona de 21 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 425127).
- AAP de Gerona de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 117094).
- SAP de Barcelona de 19 de enero de 2010 (*JUR* 2010, 149522).
- SAP de Alicante de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010, 1050).
- SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528).
- AAP de Madrid de 11 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 18139).
- SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 383298).
- SAP de La Coruña de 2 diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 54548).
- AAP de Asturias de 9 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 1875).
- SAP de León de 21 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278575).
- AAP de Sta. Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2011 (*AC* 2011, 2075).
- SAP de Alicante de 12 de julio de 2011 (*AC* 2011, 1529).
- AAP de Almería de 15 julio de 2011 (*JUR* 2011, 377520).
- SAP de Sevilla de 7 de octubre de 2011 (*AC* 2011, 1569).
- SAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (*AC* 2012, 864).
- SAP de Burgos de 2 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 67852).
- SAP de Alicante de 10 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1398).
- AAP de Almería de 2 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 207691).
- SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 743).
- SAP de Burgos de 23 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 137310).
- SAP de Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 954).
- SAP de La Coruña de 25 de abril de 2012 (*JUR* 2012, 165584).
- SAP de Zaragoza de 30 abril de 2012 (*JUR* 2012, 179992).
- SAP de Zaragoza de 8 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1007).
- SAP de Jaén núm. 146/2012, de 14 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 355078).
- SAP de Jaén núm. 147/2012, de 14 mayo de 2012 (*AC* 2013, 1376).

- SAP de Cáceres núm. 280/2012, de 23 mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190238).
- SAP de Cáceres núm. 281/2012, de 23 mayo de 2012 (*AC* 2012, 491).
- AAP de Cádiz de 25 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1698).
- SAP de Jaén de 5 de julio de 2012 (*AC* 2013, 545).
- SAP de Cáceres de 10 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1375).
- SAP de Madrid de 13 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 293674).
- SAP de Cáceres de 18 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1460).
- SAP de Asturias de 26 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1391).
- SAP de Toledo de 12 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 1717).
- SAP de Alicante de 13 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 2311).
- SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 391967).
- SAP de Alicante de 24 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 355).
- SAP de Islas Baleares de 19 de noviembre de 2012 (*JUR* 2012, 374706).
- SAP de Zaragoza de 23 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 112820).
- SAP de La Coruña de 29 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 30615).
- SAP de Ávila de 7 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 5762).
- SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120084).
- SAP de Cáceres de 14 de diciembre de 2012 (*AC* 2013, 83).
- SAP de Zamora de 22 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 87420).
- SAP de Madrid de 11 de febrero de 2013 (*JUR* 2013, 109966).
- SAP de Cáceres de 13 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 700).
- SAP de Badajoz de 26 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 714).
- AAP de Madrid 4 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 128991).
- SAP de La Coruña 21 de marzo de 2013 (*AC* 2013, 1079).
- SAP de Valencia de 2 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 253082).
- SAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1442).
- SAP de Madrid de 10 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 210035).
- SAP de Cádiz de 13 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1334).
- SAP de Cádiz de 17 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 286247).
- SAP de La Coruña de 29 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 211019).
- SAP de Cáceres de 18 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 247830).
- SAP de Cáceres de 20 de junio de 2013 (*AC* 2013, 1747).
- SAP de Barcelona de 27 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659).
- SAP de Alicante de 12 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1545).
- SAP de Alicante de 18 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1656).
- SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 23 de julio de 2013 (*JUR* 2013, 319406).
- SAP de Alicante de 23 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1561).
- SAP de Cáceres de 28 de octubre de 2013 (*AC* 2013, 1901).
- SAP de Salamanca de 3 de diciembre de 2013 (*AC* 2013, 2095).
- SAP de Badajoz de 14 de enero de 2014 (*AC* 2014, 14).
- SAP de Las Palmas de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 118604).

JUZGADOS DE LO MERCANTIL

- S. Juz. de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011 (AC 2011, 179).
- S. Juz. de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2146).
- S. Juz. de lo Mercantil de Barcelona de 12 de septiembre de 2011 (AC 2011, 2154).
- S. Juz. de lo Mercantil de Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012 (AC 2012, 316).
- S. Juz. de lo Mercantil de Madrid de 3 de febrero de 2012 (AC 2012, 1249).
- S. Juz. de lo Mercantil de Bilbao de 7 de marzo de 2013 (AC 2013, 489).
- S. Juz. de lo Mercantil de Murcia de 4 de abril de 2013 (AC 2013, 1428).
- S. Juz. de lo Mercantil de Orense de 13 de mayo de 2013 (AC 2013, 1626).
- S. Juz. de lo Mercantil de Murcia de 15 de mayo de 2013 (AC 2013, 968).
- S. Juz. de lo Mercantil de Málaga de 19 de julio de 2013 (AC 2013, 1554).
- S. Juz. de lo Mercantil de Bilbao de 19 de junio de 2013 (JUR 2013, 242749).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- S. Juz. 1ª Instancia de Madrid de 24 de septiembre de 2003 (AC 2003, 1475).
- S. Juz. 1ª Instancia de Madrid de 17 de septiembre de 2013 (AC 2013, 1887).

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACHÓN BRUÑEN, M. J.: «Deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y sus negativos efectos sobre los más desfavorecidos por la crisis económica», *CE-FLegal*, núm. 141, 2012, págs. 5-46.
- «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *LL*, 2013-3, págs. 1.607-1.620.
- AGUILLAUME GANDASEGUI, G.: «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *LL*, 2005-4, págs. 1.687-1.695.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, T. II, 13ª edición, Madrid, Edisofer, 2008.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J.: «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *LL*, 2013-4, págs. 1.512-1.519.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991.
- ALGUER, J.: «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDPr*, núm. 268, T. XXIII, 1936, págs. 1-15.

- ÁLVAREZ OLALLA, P.: *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Granada, Comares, 1999.
- «Comentario al artículo 1.108», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Elcano, Aranzadi, 2001, págs. 1.294-1.297.
- «Artículo 20. Descubierta tácita», en MARÍN LÓPEZ, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, págs. 767-806.
- ANGUITA RÍOS, R. M.: *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- BARAONA GONZÁLEZ, J.: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1998.
- BASOZABAL ARRUE, X.: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- BLASCO GASCÓ, F. P.: *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BOBBIO, N.: *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña), Madrid, Debate, 1991.
- BRENES CORTÉS, J.; PACHECO CAÑETE, M.: «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios. Consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1893-1948.
- BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F.: *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 3ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.
- CÁMARA LAPUENTE, S.: *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C.: «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional», *LL*, 2013-4, págs. 1344-1354.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, 14ª edición, Madrid, Reus, 1988.
- CASTILLA CUBILLAS, M.: «Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010-5, págs. 139-152.
- CLEMENTE MEORO, M.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- CORDERO LOBATO, E.: «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *LL*, 2013-2, págs. 1678-1680.
- CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre las reglas de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 1097-1109.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992.
- DE LOS MOZOS TOUYA, J. I.: «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral», *RDPr*, T. LXXV-9, 1991, págs. 699-708.
- DE PUIG VILADRICH, J.: «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 157-162.

- DÍAZ MORENO, A., «La protección del consumidor: una «perspectiva global»», en VILATA MENADAS, S., (dir.), *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 103, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 211-278.
- «Jurisprudencia. Tribunal Supremo. Endoso extemporáneo. Cheques falsos. Naturaleza y cesión del contrato de préstamo», *DN*, núm. 207, 2007, págs. 39-41.
- «Jurisprudencia. Vencimiento anticipado de crédito hipotecario», *DN*, núm. 230, 2009, págs. 41-42.
- DÍAZ RUIZ, E., «Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 279-306.
- DÍAZ VALES, F., «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», *RCDI*, núm. 719, 2010, págs. 923-980.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 459-501.
- DURANY PICH, S.: «Artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; DíEZ-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 264-335.
- EMBIID IRUJO, J. M.: «Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario. Comentario a la STS (Sala 1.^a) de 25 de abril de 1989», *LL*, 1989-3, págs. 257-261.
- ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDPPr*, núm. 348, T. XXX, 1946, págs. 145-169.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I.: «Algunos aspectos de la contratación. Especial referencia a las cláusulas bancarias techo-suelo. Protección del consumidor», *CEF Legal*, núm. 156, 2014, págs. 41-60.
- ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I.: «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. Catalunyaçaixa)», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 173-243.
- «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. Catalunyaçaixa)», *RCDI*, núm. 737, 2013, págs. 1415-1475.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, R.: «La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario», *RDBB*, núm. 132, 2013, págs. 133-166.
- FERNÁNDEZ-ÁRIAS SHELLY, C.; FERNÁNDEZ ÁRIAS ALMAGRO, C.; FERNÁNDEZ-ÁRIAS ALMAGRO, J.: *El contrato de préstamo y crédito*, T. II, Madrid, Djijusa, 2000.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F.: «Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho comunitario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 171-191.
- GARCÍA GIL, F. J.: *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, Pamplona, DAPP, 2011.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Contratación bancaria y consumo», *RDBB*, núm. 30, 1988, págs. 259-328.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, T. II, 7^a edición, Madrid, Aguirre, 1980.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2^a edición, Madrid, Civitas, 1983.

- GÓMEZ GÁLIGO, J.: «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 19-35.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C.: «El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales», *Indret*, 2011-4; disponible en http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf.
- GONZÁLEZ PALOMINO, J.: «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, 1945, págs. 207-327.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3.440-3.454.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. V, Madrid, Librería Sánchez, 1869.
- HINOJOSA, J., «Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», *RDP*, núm. 250-251, T. XXI, 1934, págs. 242-247.
- HUALDE MANSO, T.: «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», *Aranzadi civil-mercantil*, 2013-2, págs. 51-65.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, Dykinson, 2010.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.; DÍAZ MORENO, A.: «Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 957-965.
- JORDANO BAREA, J.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, Bosch, 1958.
- JUAN GÓMEZ, M. C.: «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3125-3150.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 3, Barcelona, Bosch, 1979.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, 13ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- LLAMAS POMBO, E.: «Alcance contractual de la Ley de la morosidad», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 545-571.
- LLAMAS POMBO, E.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.; TORAL LARA, E.: «Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *Medidas de lucha contra la morosidad*, Las Rozas, La Ley, 2011, págs. 97-205.
- LOBATO DE BLAS, J. M.: *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, EUNSA, 1974.
- MADRID RODRÍGUEZ, F.: «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *DN*, núm. 272, 2013, págs. 7-22.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, 6ª edición, Madrid, Reus, 1972.
- MARCOS F.: «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, págs. 301-321.
- MAS BADÍA, M. D.: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

- MATEOS FERRES, M., «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 163-169.
- MIQUEL, J. M.: «Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 893-964.
- MIRANDA SERRANO, L. M.: *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- «La disciplina legal contra la morosidad y los plazos de pago abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el Derecho preexistente», en FONT GALÁN, J. I.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, págs. 11-62.
- MIRANDA SERRANO, L. M.; PAGADOR LÓPEZ, J.: «Contratos de financiación y morosidad», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 167-192.
- MORO LEDESMA, S.: «El precontrato», *RCDI*, núm. 115, 1934, págs. 481-494.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Del simple préstamo», *Código Civil*, T. XXVII, Madrid, Reus, 1952.
- MÚRTULA LAFUENTE, V.: *La prestación de intereses*, Madrid, McGraw-Hill, 1999.
- NAVARRO CHINCHILLA, J. J.: «Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 527-554.
- NÚÑEZ LOZANO, P. L.: «Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones», *DN*, 1990-1991, págs. 283-292.
- ORDÁS ALONSO, M.: «Comentario a la STS de 7-5-2002», *CCJC*, núm. 64, 2004, págs. 17-27.
- *El interés de demora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- OROZCO PARDO, G.; MORENO NAVARRETE, M. A.: «Alcance del “test de abusividad” de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 619-633.
- PAGADOR LÓPEZ, J.: «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 219-300.
- «De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato», *DN*, núm. 268, 2013, págs. 7-25.
- PALAU RAMÍREZ, F.: «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 2011 sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Aranzadi civil-mercantil*, 2011-5, págs. 125-147.
- PALOMO, L.: *Ley contra la usura de 24 de julio de 1908*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1908.
- PARRA LUCÁN, M. A.: «Comentario a la STS de 21-2-2003», *CCJC*, núm. 62, 2003, págs. 805-831.
- PERALES VISCASILLAS, P.: *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Cizur Menor, Civitas, 2006.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *LL*, 2013-4, págs. 1.287-1.291.
- PRATS ALBENTOSA, L.: *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. II, 2ª edición, Barcelona, Bosch, 1982.
- RAMÍREZ GARCÍA, E.: «Estudio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores en Derecho comunitario y español a la luz de la Ley 1/2013», *LL*, 2013-4, págs. 1228-1232.
- RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., «Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 17, 1996, págs. 219-277.
- REYES LÓPEZ, M. J., «Intereses usurarios y cláusulas abusivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 245-248.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64, 2000, págs. 1950-1968.
- RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 12 de diciembre de 1984)», *RDBB*, núm. 21, 1986, págs. 191-199.
- RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D.: «Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)», *CEF Legal*, núm. 71, 2006, págs. 27-78.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 511-587.
- ROY PÉREZ, C.: «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 151-187.
- RUIZ MUÑOZ, M.: «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, págs. 15-36.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.: «Comentario a la STS de 7-2-1989», *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 169-189.
- «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1.893-1.919.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M.; DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y.: «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *LL*, 2013-4, págs. 1119-1126.
- SABATER BAYLE, I.: *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, Aranzadi, 1986.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, T IV, 2ª edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1899.
- TAPIA HERMIDA, A.: «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito. Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985», *RDBB*, núm. 25, 1987, págs. 145-177.
- «La vigencia de la Ley de usura como mecanismo de protección del consumidor de crédito (Sentencia de la AT de Sevilla, de 16 de diciembre de 1985)», en SÁNCHEZ

- CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (coords.), *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario*, vol. II, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1993, págs. 141-182.
- TUR FAÚNDEZ, M. N.: «Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994)», *RGD*, núm. 608, 1995, págs. 4869-4886.
- UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, págs. 25-48.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, Universidad de Palma de Mallorca, 1980.

NOTAS

¹ En su caso, se añadirán a esta cuantía los gastos generados y comisiones pactadas, así como las costas procesales.

² El texto de dicha Propuesta fue editado por el Ministerio de Justicia en 2013 (Depósito Legal M-19142-2013).

³ Vid. la STS de 22 de mayo de 2001 (*RJ* 2001, 6466).

⁴ Vid. por ejemplo GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. V, Madrid, Librería Sánchez, 1869, especialmente págs. 159-150; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, T IV, 2ª edición, Madrid, Sucesores de Rivadeneira, 1899, especialmente pág. 839; MORO LEDESMA, S., «El precontrato», *RCDI*, núm. 115, 1934, págs. 481-494, especialmente págs. 491-492; MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, T. XI, 6ª edición, Madrid, Reus, 1972, especialmente pág. 796-798; y CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, T. IV, 14ª edición, Madrid, Reus, 1988, especialmente págs. 451-452.

⁵ Así se considera en la SAP de Burgos de 26 octubre de 1992 (*AC* 1992, 1442). Vid. la misma opinión en PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo de consumo, crédito al consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 180.

⁶ Esa es la interpretación que realiza Díaz Moreno de la STS de 26 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 2342) en DÍAZ MORENO, A., «Jurisprudencia. Tribunal Supremo. Endoso extemporáneo. Cheques falsos. Naturaleza y cesión del contrato de préstamo», *DN*, núm. 207, 2007, págs. 39-41, especialmente pág. 41.

⁷ Nótese que el artículo 1.124 del Código Civil no se aplica a todos los contratos bilaterales, solo a aquellos que generen obligaciones recíprocas.

⁸ Así lo entiende ALGUER, J., «Para la crítica del concepto de precontrato», *RDP*, núm. 268, T. XXIII, 1936, págs. 1-15, especialmente págs. 6-7; GONZÁLEZ PALOMINO, J., «La adjudicación para pago de deudas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, 1945, págs. 207-327, especialmente págs. 276-277; JORDANO BAREA, J., *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, Bosch, 1958, especialmente págs. 143-144; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, T. II, vol. 3, Barcelona, Bosch, 1979, especialmente pág. 179; GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, T. II, 7ª edición, Madrid, Aguirre, 1980, especialmente pág. 146; VATTIER FUENZALIDA, C., *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, Universidad de Palma de Mallorca, 1980, especialmente pág. 250; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, T. II, vol. II, 2ª edición, Barcelona, Bosch, 1982, especialmente págs. 373-374; CLEMENTE MEORO, M., *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, especialmente pág. 99; BASOZABAL ARRUE,

X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, especialmente págs. 17-20; y ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, T. II, 13ª edición, Madrid, Edisofer, 2008, especialmente págs. 806-807. Vid. también en este sentido la STS de 10 de octubre de 2007 (RJ 2007, 6812).

⁹ A este respecto se ha considerado incluso que nunca cabrá resolución ante el incumplimiento de alguno o algunos pagos parciales, pues la obligación principal, se entiende, es la devolución del préstamo y el abono de los intereses en el momento final del contrato. Así lo entiende PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente pág. 181. Ahora bien, el tenor literal del artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles podría ofrecer un argumento para entender que el incumplimiento del pago de dos plazos habría de considerarse en nuestro sistema un incumplimiento suficiente para exigir la devolución del importe pendiente de reembolso. Si cuando resulta de aplicación esta Ley, promulgada con el fin de proteger al comprador financiado, es posible exigir al deudor el pago íntegro de su obligación, perdiéndose el beneficio del plazo, aún más habría de entenderse que el impago de dos plazos resulta relevante para resolver un contrato de préstamo configurado contractualmente como bilateral y sinalagmático en aplicación del artículo 1.124 del Código Civil.

¹⁰ Según se dispone en el artículo 10.1, con una indemnización que retribuye al vendedor el empleo de la cosa por el comprador durante un tiempo; indemnización que se calcula tomando como base los plazos en los que debía pagarse el precio.

¹¹ La doctrina ha señalado que no es necesario que estos dos plazos sean consecutivos. Así lo entiende BLASCO GASCÓ, F. P., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, especialmente pág. 109. Vid. más ampliamente sobre esta cuestión BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura...*; *cit.*, especialmente págs. 48-49.

¹² Existe la posibilidad, no la obligación, de acudir a dicho procedimiento, que no se contempla como una excepción a lo establecido en el artículo 10 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Así se considera en la SAP de Barcelona de 27 de junio de 2013 (JUR 2013, 341659).

¹³ Vid. supuestos legales de pérdida del plazo en el artículo 1.129 del Código Civil.

¹⁴ Así interpreta la Ley de venta a plazos de bienes muebles la SAP de Málaga de 13 julio de 2005 (AC 2005, 1634).

¹⁵ Se sigue esta idea en las SSAP de Barcelona de 19 de enero de 2010 (JUR 2010, 149522) y La Coruña de 2 diciembre de 2010 (JUR 2011, 54548).

¹⁶ La propia Ley incluye ejemplos de tales causas: «desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios».

¹⁷ La jurisprudencia menor en algún caso se ha encargado de señalar que se trata de una facultad del juez, no de una obligación. Vid. en este sentido la SAP de Zaragoza de 30 abril de 2012 (JUR 2012, 179992). Con base en la facultad moderatoria de las cláusulas penales prevista en este precepto en alguna ocasión el juez ha rebajado los intereses moratorios, ajustándolos al resultado de multiplicar por 1,5 el interés legal del dinero. Vid. la SAP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (AC 2000, 1941).

¹⁸ También este dato debe aparecer expresamente en el contrato (art. 7.4).

¹⁹ Se aprecia que en los trabajos prelegislativos se parte de que esta es la realidad del tráfico a la vista del proyectado artículo 573-2.2 del PCM: «[s]alvo que del contrato resulte el reconocimiento por el prestatario de haber recibido la suma prestada...».

²⁰ Seguimos aquí la terminología habitual de las resoluciones de nuestros tribunales. Algún autor niega la consideración de resolución contractual a la ejecución de estas cláusulas relativas a los incumplimientos técnicos, que consideran más bien referidas a supuestos de vencimiento anticipado. Así lo entiende PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente pág. 182.

²¹ Vid. NAVARRO CHINCHILLA, J. J., «Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 527-554, especialmente págs. 545-546. Se considera legal la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una serie de plazos en las SSTS de 13 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1252), 31 de julio de 1996 (RJ 1996, 6083),

7 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 282), 4 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3196) y 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152), así como en las SSAP de Sevilla de 23 de enero de 2002 (*AC* 2002, 1013) y Valencia de 12 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120084), entre otras. En cambio se entiende ilegal por contravenir los artículos 127 y 135 de la LH —pues en el caso contemplado se trataba de una ejecución hipotecaria— en la STS de 27 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2371), seguida por la SAP de Madrid de 5 de febrero de 2001 (*AC* 2001, 1665).

²² No son pocas, por otra parte, las normas que imponen en cualquier caso el deber de la entidad de crédito de advertir en el contrato acerca de las consecuencias del impago de los plazos por el prestatario. Así por ejemplo el artículo 10.3-m de la Ley 16/2011 establece que debe informarse al cliente sobre las consecuencias del incumplimiento de sus obligaciones; consecuencias que deben igualmente aparecer en el contrato (art. 16.2-m). Vid. también a este respecto la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

²³ Lo contrario, en el caso de que el prestatario fuera un consumidor podría contravenir el artículo 85.4 LGDCU (Vid. ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto Mohamed Aziz c. Catalunyaixa)», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 173-243, especialmente pág. 210), salvo que se reconociera un derecho equivalente al prestatario. E incluso, si se otorgara un derecho similar al consumidor, debería evaluarse si tal derecho es ilusorio para el consumidor. Vid. FERNÁNDEZ-ÁRIAS SHELLY, C.; FERNÁNDEZ ÁRIAS ALMAGRO, C.; FERNÁNDEZ-ÁRIAS ALMAGRO, J., *El contrato de préstamo y crédito*, T. II, Madrid, Dijusa, 2000, especialmente págs. 1.139-1.140. Vid. una enumeración de cláusulas de vencimiento anticipado legales e ilegales en BLASCO GASCÓ, F. P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, especialmente págs. 355-366.

²⁴ En este sentido García-Cruces entiende que la causa no debe abstracta ni insuficiente. Vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., «Contratación bancaria y consumo», *RDBB*, núm. 30, 1988, págs. 259-328, especialmente pág. 286.

²⁵ STS de 12 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 152) y 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 702). Vid. un comentario a la primera de estas sentencias en DÍAZ MORENO, A., «Jurisprudencia. Vencimiento anticipado de crédito hipotecario», *DN*, núm. 230, 2009, págs. 41-42 y a la segunda en CASTILLA CUBILLAS, M., «Sobre la abusividad de determinadas cláusulas en ciertos contratos bancarios y la pretendida intensificación de la protección judicial de sus adherentes», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2010-5, págs. 139-152; DÍAZ RUIZ, E., «Nulidad de las cláusulas abusivas en la contratación bancaria», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 279-306. Y sin embargo se entiende que es abusiva la cláusula que establece el vencimiento anticipado por impago de un solo plazo en BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de Consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 3ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2010, especialmente pág. 1.257. A tal respecto estos autores citan la S. Juz. 1ª Instancia de Madrid de 24 de septiembre de 2003 (*AC* 2003, 1475). No obstante, dicha sentencia fue revocada precisamente en este punto por la SAP de Madrid de 11 mayo de 2004 (2005, 832).

²⁶ Vid. sobre este particular la SAP de Cuenca de 2 de mayo de 1996 (*AC* 1996, 989).

²⁷ A este respecto, cuestionado el TJUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, entendió el Tribunal Europeo que *«por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar 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 esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a*

los efectos del vencimiento anticipado del préstamo» (STJUE de 14 de marzo de 2013 [TJCE 2013, 89]). Es posible también encontrar opiniones que hacen depender el carácter abusivo de la cláusula del momento en el que pretenda ejecutarse. Entenderían estos autores que el ejercicio del derecho de resolución previsto en la cláusula podría ser ilícito y abusivo si resta todavía por pagar gran parte del crédito. Vid. en este sentido BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente pág. 1.123. En otras ocasiones, se ha entendido que el vencimiento anticipado por el impago de una sola de las cuotas es lícito solo si denota una auténtica dejación de las obligaciones del prestatario, no si se trata de un mero retraso. Así lo entiende ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución y ejecución del crédito hipotecario*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente pág. 60.

²⁸ STS de 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 286) y SSAP de Valencia de 12 abril de 2005 (*JUR* 2005, 165048) y Barcelona de 19 marzo de 2009 (*AC* 2009, 1364).

²⁹ Si se tratara de un crédito garantizado por prenda o hipoteca el artículo 693.2 de la LEC permite en caso de incumplimiento técnico la ejecución de las garantías acudiendo al procedimiento especial previsto en los artículos 681 y sigs. Para ello se requiere expresamente que «*se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución*». El tenor literal de la norma cuestiona la posibilidad de acudir a este procedimiento si el incumplimiento técnico es cualquier otro distinto del incumplimiento del pago de los plazos. En tal caso parece que habría de acudir al juicio declarativo o al procedimiento monitorio. Así lo considera RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64, 2000, págs. 1950-1968, especialmente pág. 1966. Sobre la posibilidad de otros vencimientos anticipados y su efecto sobre la hipoteca vid. GARCÍA GIL, F. J., *El préstamo hipotecario y la ejecución especial sumaria de la garantía por impago*, Pamplona, DAPP, 2011, págs. 162-166.

³⁰ Tales plazos, incorporados a sendas letras de cambio, incorporaban tanto capital como intereses, sin que pudiera, a juicio del Tribunal, exigirse el pago de estos últimos cuando no ha transcurrido el tiempo para que se devenguen. Vid. la STS de 2 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 8492). Igualmente, se entiende que no puede exigirse el pago íntegro de los plazos, sino que deben deducirse los intereses remuneratorios no vencidos en la SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2010 (*JUR* 2010, 383298) y en la SAP de Las Palmas de 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 118604). La primera de estas sentencias no obstante, de forma incorrecta en nuestra opinión, invoca el artículo 10 de la Ley 7/1995, de crédito al consumo, equivalente al artículo 30 de la vigente Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo.

³¹ Vid. muy especialmente el artículo 573-3 del PCM que distingue las obligaciones del prestatario de «devolver la suma recibida» y «satisfacer el correspondiente interés».

³² El artículo 31 del C. de C. reputa interés «*toda prestación pactada a favor del acreedor*». Por su parte, el artículo 573-6.1 del PCM define el interés como «*la retribución efectiva que ha de pagar el prestatario por la utilización del dinero prestado que en cada momento se adeude*»; añadiendo que «*[e] l interés compensa, además, la eventual depreciación de la suma prestada, así como los riesgos y costes que asume el prestamista*».

³³ Y no obstante las SSAP de Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 954) y de 2 de abril de 2013 (*JUR* 2013, 253082) consideran abusivos los intereses remuneratorios del 24,95% y del 22,08% TAE respectivamente por exceder 2,5 veces el interés legal del dinero. Con ello se está aplicando a los intereses remuneratorios conceptos propios de los intereses de demora. También se mezclan los conceptos de préstamo usurario y de préstamo abusivo en la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409). De forma similar considera que el interés remuneratorio puede ser abusivo PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente págs. 176-177. Con carácter general es abundante la doctrina que entiende que no es posible considerar condición general la cláusula en la que se delimita el objeto del contrato. Vid. en este sentido MIQUEL, J. M., «Disposición adicional primera. Modificación de la Ley 26/1984,

de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 893-964, especialmente págs. 908-913; DÍAZ VALES, F., «La nulidad del redondeo al alza o por exceso en los préstamos hipotecarios con interés variable», *RCDI*, núm. 719, 2010, págs. 923-980, especialmente págs. 956-963. Ello no obstante existe jurisprudencia que entiende, con base en la Directiva 93/13/CEE, que es posible dicho control cuando las cláusulas que delimiten el objeto del contrato no se redacten de manera clara y comprensible. Vid. en este sentido la STS de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554). Por otro lado en algún caso se ha aceptado el control de abusividad de cláusulas, considerándolas condiciones generales, directamente relacionadas con el precio. Así sucedió en las SSTs de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8021) y de 29 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 148), que consideraron de carácter abusivo las cláusulas de redondeo al alza. Más adelante se analizará esta cuestión al hilo del análisis de la abusividad de las cláusulas suelo.

³⁴ Artículo 1255 del Código Civil. A su vez el artículo 315 del C. de C. tiene su reflejo en el artículo 4 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

³⁵ Ello aparece también en el artículo 573-11.1 del PCM, que parece remitirse a la Ley de represión de la usura.

³⁶ Aunque en ocasiones la doctrina ha puesto en cuestión la vigencia de la norma, su aplicación por los tribunales viene a corroborar que la misma no ha sido derogada tácitamente. En todo caso, hoy día la doctrina es unánime en considerar que dicha Ley es constitucional y no contraviene la libertad de empresa. Vid., por todos, sobre la vigencia de la Ley de represión de la usura, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, Dykinson, 2010, especialmente págs. 63-65.

³⁷ Así se conoce a esta Ley, pese a que su denominación oficial es «Ley referente a los contratos de préstamo», publicada en la Gaceta de Madrid núm. 206, de 24 de julio de 1908. También se alude frecuentemente a esta norma como «Ley Azcárate», por ser D. Gumersindo de Azcárate el diputado que elaboró y presentó la Proposición de Ley en el Congreso. Sobre la tramitación parlamentaria de esta Ley vid. PALOMO, L., *Ley contra la usura de 24 de julio de 1908*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1908, especialmente págs. 37-226; y SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Pamplona, Aranzadi, 1986, especialmente págs. 136-185.

³⁸ «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

³⁹ Por otra parte, el artículo 1 añade otra causa de usura al establecer que «[s]erá igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias». Además la jurisprudencia en ocasiones ha entendido que dicho precepto implica la nulidad de aquellos contratos en los que «se consignen condiciones que resulten lesivas o en que todas las ventajas establecidas lo sean en favor del acreedor» (vid. v. gr. la STS de 30 de diciembre de 1987 [*RJ* 1987, 9713]). Sigue también esta tesis CASTÁN TOBENAS, J., *Derecho civil...; op. cit.*, especialmente págs. 458-459.

⁴⁰ El peso que conceptualmente se conceda a ambos elementos en la consideración de la usura no es baladí. Tal como referiremos más adelante el aspecto subjetivo vincula la usura con un vicio del consentimiento, mientras que el aspecto objetivo asocia la usura a un negocio con causa torpe.

⁴¹ No se requiere para que se controle el carácter usurario del crédito la condición de consumidor del prestatario. Pese a ello la Ley de represión de la usura es un instrumento muy útil para defender los intereses de los consumidores. Vid. al respecto TAPIA HERMIDA, A., «La vigencia de la Ley de usura como mecanismo de protección del consumidor de crédito (Sentencia de la AT de Sevilla, de 16 de diciembre de 1985)», en SÁNCHEZ CALERO, F.;

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (COORDS.), *Comentarios a jurisprudencia de Derecho bancario y cambiario*, vol. II, Madrid, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, 1993, págs. 141-182, especialmente págs. 146-158.

⁴² En este sentido se justifica la ausencia de usura también en el incumplimiento de este requisito en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528), descartándose expresamente para el supuesto de que el prestatario solo tenga estudios primarios y haya padecido un trastorno ansioso-depresivo. De forma similar la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (*AC* 1996, 409) reconoce que este requisito es igualmente determinante, si bien finalmente acaba interpretándolo de forma muy flexible.

⁴³ A este respecto la facultad de libre convicción del Tribunal Supremo debe entenderse sin perjuicio de la necesidad de aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida (STS de 24 de noviembre de 1984 [*RJ* 1984, 5658]), lo que no impide la revisión en casación de la valoración de la prueba (STS de 30 de junio de 1998 [*RJ* 1998, 5294]).

⁴⁴ Así se considera, por ejemplo, en la STS de 7 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1267). Comenta esta sentencia REYES LÓPEZ, M. J., «Intereses usurarios y cláusulas abusivas», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 1, 1998, págs. 245-248.

⁴⁵ No obstante, en ocasiones parece bastar que el tipo de interés sea muy superior al interés legal del dinero (*vid. v. gr.* la SAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 [*AC* 2013, 1442]). En esta sentencia se considera usurario un crédito con un interés remuneratorio del 22,95% TAE, siendo el interés legal para el año 2007 (en el que fue contratado el préstamo) del 5%. La interpretación que se hace en esta sentencia es que para que el préstamo incurra en usura basta que con que sea muy superior al interés legal del dinero.

⁴⁶ En el concreto caso enjuiciado por el tribunal en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 se entendió que carecía de datos suficientes para efectuar un juicio comparativo, pues no se había probado cual era, en la fecha en que se celebró el contrato, el tipo habitual en operaciones del tipo de la que se enjuiciaba en el caso. No podía afirmarse por tanto que la desproporción fuera de grado tal que permitiera calificar el interés como usurario.

⁴⁷ *Vid.* en este sentido la STS de 6 de noviembre de 1992 (*RJ* 1992, 9228). La STS de 29 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7330) consideró que dicho precepto no conculcaba principios constitucionales. Sobre esta cuestión, *vid.* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*; *op. cit.*, especialmente págs. 389-392; SABATER BAYLE, I., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente págs. 190-191 y 206-212.

De forma similar el artículo 11 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles establece que el juez apreciará discrecionalmente las causas excepcionales que podrían justificar la concesión de nuevos plazos al comprador prestatario.

⁴⁸ *Vid. v. gr.* la STS de 22 de febrero de 2013 (2013, 1609), seguida por la STS de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280), o la SAP de Valencia de 12 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 120084).

⁴⁹ Interpreta el artículo 319.3 de la LEC en idénticos términos que el artículo 2 de la Ley de represión de la usura JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente pág. 111.

⁵⁰ La doctrina se ha mostrado dividida a la hora de valorar la indefinición legal de la usura. A favor del criterio del legislador, muy flexible, *vid.* MUCIUS SCAEVOLA, Q., «Del simple préstamo», *Código Civil*, T. XXVII, Madrid, Reus, 1952, pág. 228; TAPIA HERMIDA, A., «La vigencia de la Ley de Usura como mecanismo de protección del consumidor a crédito. Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 16 de octubre de 1985», *RDBB*, núm. 25, 1987, págs. 145-177, especialmente pág. 167; EMBID IRUJO, J. M., «Sobre el carácter usurario de un préstamo bancario. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 25 de abril de 1989», *LL*, 1989-3, págs. 257-261, especialmente pág. 259; y LASARTE ÁLVAREZ, C. *Derecho de obligaciones. Principios de Derecho civil II*, 13ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2009, especialmente pág. 88. En cambio, se valora negativamente esta opción del legislador en RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., «Las cláusulas abusivas en el préstamo y créditos bancarios», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 17, 1996, págs. 219-277, especialmente pág. 244. Resulta de interés la exposición de las críticas que suscitó esta indefinición ya en los trámites parlamentarios de la Ley realizada

en FERNÁNDEZ-ÁRIAS SHELLY, C.; FERNÁNDEZ ÁRIAS ALMAGRO, C.; FERNÁNDEZ-ÁRIAS ALMAGRO, J., *El contrato...*; *op. cit.*, especialmente págs. 414-416.

⁵¹ Pueden encontrarse incluso sentencias cuyos razonamientos son un tanto sorprendentes, como la de la AP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (AC 1996, 409). En ella, pese a que el deudor reconocía en el supuesto de hecho enjuiciado no encontrarse en una situación angustiosa, pues de hecho había pedido el crédito para adquirir un televisor y un video, se entiende que el requisito subjetivo, cuyo necesario cumplimiento para apreciar la usura se resalta, puede encontrarse en el hecho de que la sociedad de consumo y el sistema económico capitalista provocan un comportamiento de consumo sin reparar en el coste financiero, quedando «*la voluntad del consumidor [...] disminuida, por la necesidad creada de adquirir el bien de consumo*».

⁵² Así se estima en la STS de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4045). Y no obstante en algún caso la cuantía a devolver se ha visto actualizada por la inflación (STS de 7 de febrero de 1989 [RJ 1989, 754]). También diverge de la regla anteriormente expuesta la SAP de Málaga de 5 de febrero de 1996 (AC 1996, 409) que, en lugar de excluir el interés, lo reduce al que considera razonable.

⁵³ Vid. en este sentido JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente pág. 101 y el AAP de Burgos de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 122479). Dichos intereses no pueden ser ilegales, por cuanto es la LEC la que los establece y, en su caso, deben reconocerse de oficio por el juez (SSTC 167/1985, de 10 de diciembre [RTC 1985, 167] y 140/2001, de 18 de junio [RTC 2001, 140], así como SSTS de 18 de marzo de 1993 [RJ 1993, 2023], 15 de febrero de 1994 [RJ 1994, 1315], 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10242], 19 de julio de 1996 [RJ 1996, 5802], 18 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8361] y 21 de marzo de 2002 [RJ 2002, 2526], entre otras).

⁵⁴ Se sigue esta tesis en RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Comentario a la STS de 7-2-1989», *CCJC*, núm. 19, 1989, págs. 169-189, especialmente pág. 187; TUR FAÜNDEZ, M. N., «Condiciones generales en contratos celebrados con consumidores y usura. Cuenta corriente bancaria en descubierto (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 17 de octubre de 1994)», *RGD*, núm. 608, 1995, págs. 4869-4886, especialmente pág. 4886; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente págs. 101-102.

⁵⁵ Vid. en este sentido las SSAP de Tarragona de 16 de abril de 2013 (AC 2013, 1442) y Madrid de 11 de febrero de 2013 (JUR 2013, 109966). En estas sentencias se invoca la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), que sin embargo se refiere a los intereses de demora.

⁵⁶ Vid. en este sentido DÁVILA GONZÁLEZ, J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, Montecorvo, 1992, especialmente págs. 463-464; PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario a la STS de 21-2-2003», *CCJC*, núm. 62, 2003, págs. 805-831, especialmente págs. 827-829; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario a la STS de 7-5-2002», *CCJC*, núm. 64, 2004, págs. 17-27, especialmente pág. 26-28; *El interés de demora*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004, especialmente págs. 116-118 y 121; BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura...*; *op. cit.*, especialmente pág. 97.

⁵⁷ Se habla de nulidad parcial, aunque sin extraer de ello la consecuencia del mantenimiento de los plazos en la STS de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2280).

⁵⁸ Ciertamente la jurisprudencia ha reconocido con carácter general el principio de la subsistencia del contrato —«*utile per inutile no vitiatur*»—, pero tal subsistencia queda condicionada al presupuesto de que las partes hubieran celebrado igualmente el contrato sin la parte de este declarada nula, lo que no sería posible si tras la declaración de nulidad el contrato presentase una situación no equitativa de las posiciones contractuales (SSTS de 18 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1704], 25 de septiembre de 2006 [RJ 2006, 6577] y 22 de diciembre de 2008 [RJ 2009, 163], entre otras). Pueden verse otros supuestos de nulidad parcial fuera del ámbito de protección de los consumidores y usuario en DÍAZ MORENO, A., «La protección del consumidor: una «perspectiva global», en VILATA MENADAS, S., (dir.), *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil. La carta de revocación*, Estudios de Derecho judicial, núm. 103, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, págs. 211-278, especialmente pág. 250.

⁵⁹ Se reconoce claramente esta diferencia entre el control de abusividad de las condiciones generales y la sanción de la Ley de represión de la usura en la STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857). Se aprecia también la nulidad radical tanto del contrato como de las garantías hipotecarias del mismo en las SSTS de 15 julio de 2008 (*RJ* 2008, 3365) y 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1609).

⁶⁰ Así se entiende en HINOJOSA, J., «Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios», *RDPPr*, núm. 250-251, T. XXI, 1934, págs. 242-247, especialmente págs. 245-247. Siguiendo a este autor, considera que se trata de un supuesto de nulidad ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho...*; *op. cit.*, especialmente pág. 809.

⁶¹ Así se aprecia en la STS de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8604).

⁶² *Vid.* en este sentido la STS de 30 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9713).

⁶³ *Vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente págs. 104-105.

⁶⁴ Por otra parte entendemos que esta idea sería la seguida probablemente por los tribunales, teniendo en cuenta, tal como veremos seguidamente, la tendencia actual, en ocasiones forzada por la jurisprudencia del TJUE, de considerar que no existen intereses de demora cuando dichos intereses se consideran abusivos.

⁶⁵ Sirva de muestra, además de lo ya expuesto, el segundo párrafo del citado artículo 573-11 del PCM, que copia lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908.

⁶⁶ Ha de entenderse que, en caso de incompatibilidad de normas, si el criterio cronológico choca con el principio de especialidad el intérprete debe decantarse por este último. *Vid.* BOBBIO, N., *Teoría general del Derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña), Madrid, Debate, 1991, especialmente pág. 215.

⁶⁷ *Vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Una revisión jurisprudencial de las cláusulas suelo y techo del préstamo hipotecario a la luz de la STS de 9 de mayo de 2013», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3.440-3.454, especialmente págs. 3.443-3.448.

⁶⁸ Ya se ha aludido a la dificultad de admitir el control de contenido de las cláusulas, aunque predispuestas, relativas a elementos esenciales del contrato, pues, aunque nuestra LCGC no incluye un artículo con el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia niegan esta posibilidad con base en el principio de libertad de precios y economía de mercado, reconocidos en nuestra Constitución. Tan solo en la mencionada jurisprudencia relativa a las cláusulas de redondeo se ha optado claramente por someter estas cláusulas al control de abusividad. En cualquier caso, bajo los presupuestos de la jurisprudencia menor que propugna semejante control también para las cláusulas suelo, lógicamente el mismo solo cabría si el prestatario adherente es efectivamente un consumidor. No obstante, en caso contrario, cabría controlar si la condición general se ha redactado con claridad, lo que constituye un requisito de incorporación de la misma, y si se ha producido algún vicio de la voluntad en la contratación. Tal fue el supuesto de la SAP de Asturias de 26 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1391).

⁶⁹ Así se entiende en las SSAP de Alicante de 10 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1398), Burgos de 23 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 137310), Zaragoza de 8 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1007), Cáceres núm. 280/2012, de 23 mayo de 2012 (*JUR* 2012, 190238), Cáceres núm. 281/2012, de 23 mayo de 2012 (*AC* 2012, 491), Cáceres de 10 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1375), Cáceres de 18 de julio de 2012 (*AC* 2012, 1460), Toledo de 12 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 1717), Alicante de 13 de septiembre de 2012 (*AC* 2012, 2311), Islas Baleares de 19 de noviembre de 2012 (*JUR* 2012, 374706), Zaragoza de 23 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 112820), Cáceres de 14 de diciembre de 2012 (*AC* 2013, 83), Zamora de 22 de enero de 2013 (*JUR* 2013, 87420), Cáceres de 13 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 700) y Badajoz de 26 de febrero de 2013 (*AC* 2013, 714). Esta misma idea aparece en las SS. Juz. de lo Mercantil de León de 11 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 179), Barcelona de 12 de septiembre de 2011 (*AC* 2011, 2154), Palma de Mallorca de 2 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 316), Bilbao de 7 de marzo de 2013 (*AC* 2013, 489), Murcia de 4 de abril de 2013 (*AC* 2013, 1428) y Orense de 13 de mayo de 2013 (*AC* 2013, 1626).

⁷⁰ Se considera que no es posible la inclusión de una cláusula suelo si no se incluye también una cláusula techo en GÓMEZ GÁLLIGO, J., «Presente y futuro de la garantía hipotecaria», *RCDI*, núm. 735, 2013, págs. 19-35, especialmente pág. 29.

⁷¹ Sigue esta tesis ROY PÉREZ, C., «El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros», *RDM*, núm. 287, 2013, págs. 151-187, especialmente págs. 185-187.

⁷² Siguen la doctrina de esta sentencia, entre otras, las SSAP de Jaén núm. 146/2012, de 14 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 355078), Jaén núm. 147/2012, de 14 mayo de 2012 (*AC* 2013, 1376), Jaén de 5 de julio de 2012 (*AC* 2013, 545), Madrid de 13 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 293674) y Ávila de 7 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 5762). Por su parte la SAP de Burgos de 2 de febrero de 2012 (*JUR* 2012, 67852) y las SS. Juz. de lo Mercantil de Madrid de 8 de septiembre de 2011 (*AC* 2011, 2146) y 3 de febrero de 2012 (*AC* 2012, 1249) reproducen razonamientos similares, aunque consideran que la cláusula relativa al tipo de interés puede merecer la consideración de condición general de la contratación si no ha sido individualmente negociada.

⁷³ Así lo ha entendido igualmente la doctrina. *Vid.* en este sentido MIQUEL, J. M., «Disposición adicional...»; *op. cit.*, especialmente págs. 934-936; BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente págs. 183-187; PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido. Una reflexión sobre el control de abusividad a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 2 de marzo de 2011 sobre las cláusulas de redondeo al alza», *Aranzadi civil-mercantil*, 2011-5, págs. 125-147, especialmente págs. 143-147; y ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente pág. 175.

⁷⁴ Finalmente, el ATS de 6 de noviembre de 2013 (*JUR* 2013, 355553) resolvió negativamente un incidente de nulidad de las actuaciones planteado por diversas entidades de crédito.

⁷⁵ Y, tal como aclara la sentencia, ello será así con independencia de que el empresario realice varias ofertas, cada una de ellas sin posibilidad de negociación, y, por tanto, con condiciones generales de la contratación.

⁷⁶ Posteriormente la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, ha introducido un nuevo artículo 8 bis en la Directiva 93/13/CEE que deja claro que los Estados miembros pueden «hacer extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración».

⁷⁷ *Vid.* a este respecto PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones...»; *op. cit.*, especialmente págs. 135-137.

⁷⁸ *Vid.* en este sentido CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Pamplona, Aranzadi, 2006, especialmente págs. 61-62; PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo sobre las cláusulas predisuestas relativas a la parte económica del contrato», *DN*, núm. 268, 2013, págs. 7-25, especialmente págs. 10-11 y 15-16.

⁷⁹ *Vid.* en este sentido BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente págs. 171-174.

⁸⁰ Considera estos principios de nuestro ordenamiento, que, no obstante, se ven recientemente amenazados por la jurisprudencia que interpreta la normativa comunitaria RUIZ MUÑOZ, M., «La calidad, el precio justo y la fijación del precio en función de los clientes», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 12, 2013, págs. 15-36, especialmente págs. 20-26.

⁸¹ Tal como ha afirmado Duque, planteada la práctica colusoria o el abuso de posición dominante, el Tribunal de Defensa de la Competencia —hoy día la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, el órgano de control de la comunidad autónoma— tendrá en cuenta el perjuicio a los consumidores para comprobar si han existido efectivamente tales prácticas contrarias a la competencia. Con ello, la tutela de los consumidores en estos casos es solo un valor indirectamente protegido. *Vid.* DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 459-501, especialmente pág. 485.

⁸² *Vid.* también por ejemplo la rescisión por lesión prevista en el artículo 1.291 del Código Civil, contemplada expresamente como una excepción en el propio artículo 1.293. Más am-

pliamente se contempla la rescisión por lesión en los artículos 499-507 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (BOE núm. 57, de 7 de marzo de 1973).

⁸³ Muy claramente se ha entendido que «no todas las cláusulas que guardan alguna relación o se refieren o afectan de cualquier forma a los *essentialia negotii* dejan de hallarse incluidas en el ámbito de aplicación de los artículos 10 y 10 bis LGDCU». Vid. BRENES CORTÉS, J.; PACHECO CAÑETE, M., «El redondeo de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios. Consideraciones sobre la legalidad y validez de esta práctica financiera», *RDM*, núm. 246, 2002, págs. 1.893-1.948, loc. cit. pág. 1.930. Igual tesis sostiene DÍAZ VALES, F., «La nulidad...»; *op. cit.*, especialmente págs. 963-966. En esta línea, considera PAGADOR que las cláusulas reguladoras del precio y las prestaciones no están sujetas al control de contenido, aunque sí lo están aquellas otras «que de algún modo les afectan» (vid. PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo...»; *op. cit.*, loc. cit. pág. 10).

⁸⁴ O, más ampliamente, de otras prácticas abusivas, como el cobro de prestaciones no efectivamente ejecutadas o el redondeo al alza en los contratos de aparcamiento de vehículos o de telefonía. Dichas prácticas quedaron prohibidas expresamente tras la reforma de la LGDCU de 1984 por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre —hoy día por el artículo 87.5 de la vigente LGDCU—.

⁸⁵ Se considera que esta podría ser la consideración de las cláusulas suelo en PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo...»; *op. cit.*, especialmente pág. 14.

⁸⁶ No se trata de una innovación del magistrado ponente, el Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS, pues ya la doctrina se ha mostrado favorable a este proceder. Vid. una magistral exposición de esta tesis PAGADOR LÓPEZ, J., «De nuevo...»; *op. cit.*, especialmente págs. 12-13.

⁸⁷ Ambos controles concurrirán o no en función del diverso ámbito de aplicación de las normas. En este sentido debe tenerse en consideración que la Orden EHA/2899/2011 se aplica solo cuando el cliente sea una persona física (art. 2.1), y que es posible asimismo que las partes acuerden la no aplicación de la Orden, con excepción de lo establecido en el capítulo II de su título III, si el cliente actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. En tales casos por tanto la LCGC, como también algunas normas administrativas relativas a la actuación de las entidades de crédito, quedarán como únicos elementos de protección del prestatario. Vid. sobre esta cuestión ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente págs. 156-159. Critica el ámbito de protección de la Orden EHA/2899/2011 CUÑAT EDO, V., «Reflexiones sobre las reglas de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 1.097-1.109, especialmente págs. 1.107-1.109.

⁸⁸ Aunque con ámbitos de aplicación solo parcialmente coincidentes, puede afirmarse con carácter general que la normativa protectora del cliente bancario y las regulaciones protectoras del consumidor y del adherente de condiciones generales pueden operar conjunta y sistemáticamente. Vid. en este sentido NÚÑEZ LOZANO, P. L., «Las entidades de crédito y sus clientes: disciplina de relaciones», *DN*, 1990-1991, págs. 283-292, especialmente págs. 284-285. Nótese por otra parte que unos días después de esta Sentencia del Tribunal Supremo, el 14 de mayo de 2013, se promulgó la Ley 1/2013. En el artículo 6 de esta Ley se exige para ciertos préstamos hipotecarios con cláusulas techo y suelo, que en la escritura conste, además de 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.

⁸⁹ Tal como se indica en el Auto, «[t]ambién se deduce con claridad de la sentencia cuya aclaración se interesa que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces

convertidas en formalismos carentes de eficacia real. Y hacia el pasado, no tolera vaciar de contenido la sentencia que condena a eliminar de los contratos en vigor las cláusulas declaradas nulas». Se critica fuertemente esta decisión del Tribunal Supremo, incluso planteando la contravención de la Constitución en CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C., «La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las “cláusulas suelo” es inconstitucional», *LL*, 2013-4, págs. 1344-1354, especialmente pág. 1345.

⁹⁰ Tal como se aclara en el Auto de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), estos parámetros son meramente ejemplificativos, sin que, por otra parte, hayan de incumplirse todos ellos cumulativamente para que una cláusula sea ilícita, pues en todo caso habrá de verificarse realmente que la cláusula es suficientemente clara y que el consumidor ha sido debidamente informado de su trascendencia.

⁹¹ Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE núm. 76, de 28-3-2014).

⁹² Hasta su modificación, el precepto establecía lo siguiente: «1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

⁹³ Establece este precepto que «[l]os 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».

⁹⁴ Vid. una crítica a esta decisión en DE PUIG VILADRIK, J., «El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 157-162, *pássim.*; ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas abusivas más habituales en las escrituras de hipoteca: análisis de los últimos pronunciamientos de Juzgados y Tribunales», *LL*, 2013-3, págs. 1.607-1.620, especialmente pág. 1.611. Ahora bien, otro sector doctrinal entiende que la consecuencia lógica de la declaración judicial de la nulidad de la cláusula, al haberse ejercitado una acción de cesación (*ex art. 53 de la LGDCU*), debe ser la condena al demandado a cesar en la conducta seguida hasta el momento y la prohibición de su reiteración futura, no la restitución de las cantidades indebidamente percibidas. Con ello se entiende, no solo que efectivamente la sentencia debe tener exclusivamente efectos *ex nunc*, sino que el pronunciamiento al respecto del Tribunal es procesalmente incongruente. Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013», *LL*, 2013-4, págs. 1.287-1.291, especialmente pág. 1.288.

⁹⁵ Al contrario, entiende que tal enumeración provoca una mayor confusión CARRASCO PERERA, A.; GONZÁLEZ CARRASCO, C., «La STS 241/2013...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1346.

⁹⁶ Ha de tenerse en cuenta que la «incomprensibilidad» puede ser en relación a unas condiciones generales en su conjunto o a una cláusula en concreto. Así, se ha entendido que «[l]a incomprensibilidad puede predicarse de unas condiciones generales en su conjunto cuando el texto se haya construido de manera compleja o intrincada; cuando las cláusulas se encuentren recogidas sin orden ni clasificación; cuando estén formuladas de manera vaga o imprecisa; cuando empleen innecesariamente un lenguaje excesivamente técnico, remisiones externas a reglas legales o de manera general a derecho de garantía; cuando contengan gran cantidad de remisiones internas de unas cláusulas a otras, de unos clausulados a otros, o caigan incluso en contradicción; cuando acuse una extensión o volumen excesivamen-

te desproporcionado con relación a la importancia económica del negocio o al contenido real de la regulación; cuando, finalmente, el mismo texto se utilice para diferentes tipos de contratos y, sin embargo, no se adapte al efectivamente celebrado». Vid. DURANY PICH, S., «Artículos 5 y 7», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.; Díez-PICAZO, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, 2002, págs. 264-335, loc. cit. pág. 319; quien a su vez cita a ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, Civitas, 1991, especialmente págs. 235-236. En igual sentido se manifiestan PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negativas», en NIETO CAROL, U., *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, Lex Nova, 2000, págs. 219-300, especialmente págs. 236-238; y DÍAZ VALES, F., «La nulidad...»; *op. cit.*, especialmente págs. 953-954.

⁹⁷ La misma idea puede apreciarse en CORDERO LOBATO, E., «Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)», *LL*, 2013-2, págs. 1678-1680, especialmente pág. 1679; y en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Una revisión...»; *op. cit.*, especialmente pág. 3.453.

⁹⁸ Vid. SSAP de Cádiz de 13 de mayo de 2013 (AC 2013, 1334), Cádiz de 17 de mayo de 2013 (JUR 2013, 286247), Cáceres de 18 de junio de 2013 (JUR 2013, 247830), Cáceres de 20 de junio de 2013 (AC 2013, 1747), Cáceres de 28 de octubre de 2013 (AC 2013, 1901) y Badajoz de 14 de enero de 2014 (AC 2014, 14); así como la S. Juz. de lo Mercantil de Murcia de 15 de mayo de 2013 (AC 2013, 968).

⁹⁹ Vid. la SAP de Alicante de 23 de julio de 2013 (AC 2013, 1561) y las SS. Juz. de lo Mercantil de Málaga de 19 de julio de 2013 (AC 2013, 1554) y Bilbao de 19 de junio de 2013 (JUR 2013, 242749). Por su parte, la SAP de Alicante de 12 de julio de 2013 (AC 2013, 1545) versa sobre un contrato afectado precisamente por la STS de 9 de mayo de 2013, debiendo la entidad devolver las cantidades percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde el 9 de mayo de 2013.

¹⁰⁰ Resalta que la decisión al respecto del TS adoptada en su sentencia de 9 de mayo de 2013 es una resolución de carácter excepcional, que en modo alguno debe suponer la imposibilidad —o incluso la no conveniencia— de reconocer la retroactividad de las declaraciones de nulidad de las cláusulas suelo en otros supuestos concretos, pues la retroactividad es la regla general en caso de nulidad, MATEOS FERRES, M., «Nulidad de cláusula suelo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 163-169, pássim. Por otra parte hay que tener en cuenta que la STS de 9 de mayo de 2013 declara la irretroactividad de esta sentencia y por los motivos enunciados, no con carácter general el hecho de que la declaración de nulidad de una cláusula suelo no pueda tener efectos retroactivos. Muy acertadamente, así lo resalta PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «La restitución...»; *op. cit.*, especialmente págs. 1290-1291. De este modo una sentencia de un tribunal inferior que reconociera la retroactividad de una declaración de nulidad de una cláusula suelo a partir de la demanda de un particular en modo alguno contravendría el tenor de la STS de 9 de mayo de 2013.

¹⁰¹ No compartimos por tanto la tesis de que el PCM regiría solo para las relaciones entre empresarios, pues no es este el único criterio de determinación del ámbito de aplicación de la norma. Sigue esta idea ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *LL*, 2013-4, págs. 1.512-1.519, especialmente págs. 1.414-1.515.

¹⁰² Sobre la integración de la regulación protectora de los consumidores y usuarios y de la normativa de condiciones generales de la contratación en el Derecho mercantil, vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.; DÍAZ MORENO, A., «Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios», en TOBÍO RIVAS, A. M.; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A.; TATO PLAZA, A. (eds.), *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Madrid, Marcial Pons, 2013, págs. 957-965, pássim.

¹⁰³ Podría en tal caso verse un antecedente de esta norma en el § 305c.1 del BGB alemán.

¹⁰⁴ El párrafo segundo del precepto establece que «[s]e considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».

¹⁰⁵ No obstante pueden encontrarse resoluciones jurisprudenciales que aplican la Ley de represión de la usura a los intereses moratorios. Vid., v. gr., el AAP de Burgos de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 122479). Por su parte la SAP de Córdoba de 5 de febrero de 2007 (*AC* 2007, 1112) cita como exponente de esta tesis la STS de 7 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 4045). Aunque esta sentencia del TS no es clara al respecto, parece que los efectos de la Ley de represión de la usura sobre los intereses de demora son indirectos: declarados usurarios los intereses remuneratorios, no hay que pagar ni estos ni aquellos, como tampoco ninguna otra cláusula penal. No se declaraba en dicha sentencia el carácter de usurarios de los intereses de demora. Por otra parte la doctrina se ha mostrado también contraria a la aplicación de la Ley de represión de la usura a los intereses moratorios. Vid., v. gr., GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, 2ª edición, Madrid, Civitas, 1983, especialmente pág. 80; RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, págs. 1.893-1.919, especialmente págs. 1913-1914; DE LOS MOZOS TOUYA, J. I., «Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y su calificación registral», *RDPPr*, T. LXXV-9, 1991, págs. 699-708, especialmente págs. 706-707; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», *ADC*, T. XLVI-II, 1993, págs. 511-587, especialmente pág. 545; BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, Dykinson, 1998, especialmente pág. 297; ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 1.108», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Elcano, Aranzadi, 2001, págs. 1.294-1.297, especialmente pág. 1.296; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario...»; *op. cit.*, especialmente pág. 24-25; ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución...; op. cit.*, especialmente pág. 73; ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente pág. 183; y ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente págs. 1.608-1.609. Ahora bien, sí será de aplicación la Ley de represión de la usura a los intereses moratorios que escondan en realidad una retribución excesiva del préstamo, por tratarse de una operación sustancialmente equivalente a un préstamo usurario (art. 9 de la Ley de represión de la usura). Ello será así cuando el cumplimiento de la obligación sea prácticamente imposible, estando configurado el contrato bajo la idea de que es prácticamente seguro que va a actuar la cláusula penal. Vid. en este sentido ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», *RDPPr*, núm. 348, T. XXX, 1946, págs. 145-169, especialmente pág. 165; LOBATO DE BLAS, J. M., *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, EUNSA, 1974, especialmente pág. 182; y JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...; op. cit.*, especialmente págs. 87-88.

¹⁰⁶ Nótese que si se trata de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual que se hipoteca, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece un límite para los intereses de demora de tres veces el interés legal del dinero. Vid. sobre el ámbito de aplicación de esta norma la DT 2ª de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

¹⁰⁷ Precepto redactado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁰⁸ Vid. en este sentido las SSAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (*AC* 2012, 864), La Coruña de 25 de abril de 2012 (*JUR* 2012, 165584), Alicante de 24 de octubre de 2012 (*AC* 2013, 355), La Coruña de 29 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 30615), La Coruña de 21 de marzo de 2013 (*AC* 2013, 1079), Alicante de 18 de julio de 2013 (*AC* 2013, 1656); y en el ámbito de los contratos bancarios la SAP de Salamanca de 3 de diciembre de 2013 (*AC* 2013, 2095) y la S. Juz. 1ª Instancia de Madrid de 17 de septiembre de 2013 (*AC* 2013, 1887). La misma interpretación se hacía respecto al artículo 1 de la LGDCU de 1984 en las

SSTS de 17 de julio de 1997 (RJ 1997, 5759), 17 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1351), 18 de junio de 1999 (RJ 1999, 4478), 16 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9906), 21 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5576), 15 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 1223) y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 3225). Esta es la interpretación que se hace también en la doctrina; *vid.*, por ejemplo, ANGUITA RÍOS, R. M., *Constitución...*; *op. cit.*, especialmente págs. 36-37; BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente págs. 75-76; y más ampliamente ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente págs. 152-156. La misma interpretación se hacía del artículo 1 de la Ley 7/1995 de crédito al consumo y puede hacerse del artículo 2.1 de la vigente Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; *vid.* en este sentido PRATS ALBENTOSA, L., *Préstamo...*; *op. cit.*, especialmente págs. 37-38. Y sin embargo, tanto la derogada como la actual Ley de contratos de crédito al consumo exigen que el consumidor sea persona física.

¹⁰⁹ *Vid.* PERALES VISCASILLAS, P., *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas*, Cizur Menor, Civitas, 2006, especialmente págs. 41-46; MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, Marcial Pons, 2008, especialmente págs. 153-160; «La disciplina legal contra la morosidad y los plazos de pago abusivos: fundamentación, ámbito de aplicación e impacto en el Derecho preexistente», en FONT GALÁN, J. I.; MIRANDA SERRANO, L. M., *Morosidad, aplazamientos de pago y empresa familiar*, Academia Sevillana del Notariado, Sevilla, 2010, págs. 11-62, especialmente pág. 30; MIRANDA SERRANO, L. M.; PAGADOR LÓPEZ, J., «Contratos de financiación y morosidad», *RDBB*, núm. 119, 2010, págs. 167-192, *pássim*. En contra *vid.* MARCOS F., «El aplazamiento y la morosidad en las obligaciones contractuales en el sector comercial», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 5, 2005, págs. 301-321, especialmente pág. 313; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, D., «Análisis crítico de la lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004)», *CEF Legal*, núm. 71, 2006, págs. 27-78, especialmente pág. 39; y LLAMAS POMBO, E.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.; TORAL LARA, E., «Aspectos civiles de la Ley de lucha contra la morosidad», en BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dir.), *Medidas de lucha contra la morosidad*, Las Rozas, La Ley, 2011, págs. 97-205, especialmente págs. 113-114.

¹¹⁰ *Vid.* LLAMAS POMBO, E., «Alcance contractual de la Ley de la morosidad», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 545-571, especialmente págs. 554-555.

¹¹¹ AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *LL*, 2005-4, págs. 1.687-1.695, especialmente pág. 1694; GÓMEZ LIGÜERRE, C., «El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales», *Indret*, 2011-4, especialmente pág. 8; disponible en http://www.indret.com/pdf/864_es.pdf.

¹¹² Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L núm. 200, de 8-8-2000).

¹¹³ Directiva 2011/7/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DO L núm. 48, de 23-2-2011).

¹¹⁴ *Vid. supra* en relación a la posibilidad de aplicar el artículo 1.124 del Código Civil a los contratos de préstamo.

¹¹⁵ Podría invocarse a favor de esta idea la tramitación parlamentaria de la Ley, pues en algún caso se defendió la inclusión de los contratos bancarios en el ámbito de aplicación de la Ley precisamente para proteger a la clientela bancaria. *Vid.* en este sentido MIRANDA SERRANO, L. M.; PAGADOR LÓPEZ, J., «Contratos...»; *op. cit.*, especialmente págs. 174 y 190-191.

¹¹⁶ A favor, de la moderación de los intereses moratorios con base en el artículo 1.154 *vid.* RODRÍGUEZ ESPEJO, J., «El interés de los préstamos bancarios: anatocismo, liquidación anticipada, intereses remuneratorios y moratorios (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid, de 12 de diciembre de 1984)», *RDBB*, núm. 21, 1986, págs. 191-199,

especialmente pág. 195; ÁLVAREZ OLALLA, P., *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Granada, Comares, 1999, especialmente pág. 197; MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, Madrid, McGraw-Hill, 1999, especialmente pág. 275-276; y BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura...*; *op. cit.*, especialmente págs. 94-95. En cambio, se muestran en contra de esta posibilidad ORDÁS ALONSO, M., *El interés...*; *op. cit.*, especialmente págs. 39-40; y UREÑA MARTÍNEZ, M. «Los intereses excesivos en los contratos de financiación con consumidores: un problema de concurrencia normativa», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004, págs. 25-48, especialmente págs. 36-38.

¹¹⁷ Así se entiende ampliamente por la doctrina. *Vid.* por todos JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura...*; *op. cit.*, especialmente págs. 83-88. No obstante también se ha argumentado en contra que el artículo 1152 del Código Civil parece distinguir entre interés moratorio y cláusula penal.

¹¹⁸ *Vid.* ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula...»; *op. cit.*, especialmente pág. 164. Sin embargo la falta de moderación de la cláusula penal conforme al artículo 1.154 no es susceptible de casación cuando a la misma precede un juicio valorativo basado en hechos que quedan inalterados y de los que, en equidad, se había deducido la necesidad de aplicar la cláusula penal por entero (SSTS de 18 de mayo de 1987 [RJ 1987, 353], 16 de abril de 1988 [RJ 1988, 3173] y 19 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9409]).

¹¹⁹ Así se ha considerado en las SSTS de 20 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2734), 27 de noviembre de 1987 (RJ 1987, 8701), 10 de mayo de 1989 (RJ 1989, 3679), 8 de febrero de 1993 (RJ 1993, 690), 10 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6191), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 27 de abril de 2005 (RJ 2005, 3769), 4 de enero de 2007 (RJ 2007, 1101) y 4 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3728). *Vid.* al respecto MAS BADÍA, M. D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, especialmente págs. 73-77.

¹²⁰ *Vid.* ESPÍN CANOVAS, D., «La cláusula...»; *op. cit.*, especialmente pág. 164. La misma tesis se afirma en las SSTS de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1719), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8792), 21 de junio de 2004 (RJ 2004, 3956) y 26 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2387).

¹²¹ *Vid.* en este sentido las SSTS de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8640), 3 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7099), 14 de junio de 2006 (RJ 2006, 3536) y 20 de junio de 2007 (RJ 2007, 3861).

¹²² *Vid.* en este sentido las SSTS de 29 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8441), 10 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6191), 7 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2887), 8 de octubre de 2002 (RJ 2003, 358), 21 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 10269), 15 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5692) y 31 de marzo de 2010 (RJ 2010, 4032). Asimismo se ha entendido que la pena moratoria se configura como una pena cumulativa, compatible con la exigencia del cumplimiento de la obligación. *Vid.* en este sentido MAS BADÍA, M. D., *La revisión...*; *op. cit.*, especialmente pág. 120. A nuestro entender ello no contraviene el artículo 56 del C. de C., referido a las «penas de indemnización contra el que no lo cumpliere» [el contrato], no al supuesto en el que se cumpla tardíamente.

¹²³ Se sigue a esta sentencia en relación a un arrendamiento financiero en las SSAP de Barcelona de 16 de abril de 2002 (JUR 2002, 155097) y 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 196488). Por su parte el AAP de Barcelona de 7 de marzo de 2005 (JUR 2005, 116734), relativo también a un arrendamiento financiero, rechaza la moderación de una cláusula de intereses moratorios en relación a un no consumidor, no porque no sea posible con base en el artículo 1.154 del Código Civil, sino porque no resulta probado el carácter «abusivo» de dicho interés en relaciones con un no consumidor. En otras ocasiones las sentencias no aclaran si el prestatario es o no un consumidor. Tal es el caso de las SSAP de Barcelona de 9 de junio de 1999 (AC 1999, 1509), Zamora de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002, 189215), Barcelona de 30 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 22324), Murcia de 9 de enero de 2003 (JUR 2003, 195958) y Madrid de 5 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2273). Igualmente la SAP de Pontevedra de 27 de junio de 2000 (AC 2000, 3772), que no aclara si se refiere o no a un consumidor, modera los intereses del préstamo con base en el artículo 1.103 del Código Civil.

¹²⁴ En algún caso se ha admitido con base en el artículo 1.154 del Código Civil la concesión de un plazo adicional para cumplir. Vid. al respecto y en contra de esta tesis MAS BADÍA, M. D., *La revisión...*; *op. cit.*, especialmente págs. 157-160. A nuestro entender, y en el marco de la mora en los préstamos estudiados, ello contravendría el artículo 61 del C. de C.

¹²⁵ Pueden verse ciertos parámetros comunes a la jurisprudencia en ROY PÉREZ, C., «El régimen...»; *op. cit.*, especialmente págs. 182-183.

¹²⁶ Se exponen ambos criterios en algunas resoluciones de audiencias. Vid. por ejemplo las SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528) y el AAP de Asturias de 9 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 1875). Vid. también MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo escenario de los intereses de demora conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Justicia», *DN*, núm. 272, 2013, págs. 7-22, especialmente págs. 7-9.

¹²⁷ Vid. igualmente las SSAP de Tarragona de 18 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314433), Alicante de 25 de mayo de 2010 (*AC* 2010, 1050) y Alicante de 12 de julio de 2011 (*AC* 2011, 1529) y los AAAP de Gerona de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 117094) y Cádiz de 25 de mayo de 2012 (*AC* 2012, 1698). En los casos de la SAP de Murcia de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 774) y el AAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 19805) se sigue este mismo criterio, aunque se invoca también el artículo 1.154 del Código Civil. De forma incorrecta, a mi juicio, se aplica este criterio al interés remuneratorio en la SAP de Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2012, 954).

¹²⁸ Habría de contemplarse a este respecto la TAE y no propiamente el tipo de interés moratorio, pues en la primera se incluye además del tipo de interés propiamente dicho otras penalizaciones, como las comisiones por descubierto. Así lo entiende ÁLVAREZ OLALLA, P., «Artículo 20. Descubierto tácito», en MARÍN LÓPEZ, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de contratos de crédito al consumo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, págs. 767-806, especialmente págs. 797-799.

¹²⁹ La Ley 1/2013 modifica igualmente el artículo 4 del Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Esta norma, que declara expresamente que solo debe aplicarse en los concretos supuestos incluidos en su ámbito de aplicación, establece como límite a los intereses moratorios el interés remuneratorio incrementado en dos puntos. Resulta significativo en este sentido que antes de la modificación el precepto estableciera igualmente como límite el resultado de multiplicar el interés legal del dinero por 2,5. Y llama la atención la separación del criterio del 2,5 por el interés legal del dinero cuando este era el límite propuesto en el Informe del Defensor del Pueblo «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo», publicado el 22 de enero de 2012, medida paliativa 4.3.5, pág. 106.

¹³⁰ Esta es la opinión manifestada por JUAN GÓMEZ, M. C., «Reflexiones sobre la Ley 1/2013, de protección a los deudores hipotecarios», *RCDI*, núm. 739, 2013, págs. 3.125-3.150, especialmente pág. 3.131.

¹³¹ Expresamente se rechaza la aplicación analógica del límite de la actual Ley 16/2011 a otros contratos bancarios de activo en las SSAP de Madrid de 5 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 2273) y León de 21 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278575), en las cuales finalmente se modera el interés moratorio con base en el artículo 1.154 del Código Civil.

¹³² A título de ejemplo, el Acuerdo de la Junta de Jueces de Valencia de 4 de diciembre de 2012 decidió considerar abusivos los intereses moratorios que excedieran el 19% anual. Asimismo, en las Jornadas para la unificación de criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, celebradas el 4 de octubre de 2013, se acordó que como criterio general, y sin perjuicio de atender a las circunstancias del caso concreto, un interés moratorio superior a tres veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo. Vid. MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo...»; *op. cit.*, especialmente pág. 10. Igualmente, la Junta de Jueces de Primera Instancia de Barcelona, en su acuerdo de 4 de abril de 2013, estimó que debían considerarse abusivos los intereses moratorios de los préstamos a consumidores que superaran 2,5 veces el interés legal, salvo que el interés remuneratorio fuese superior, en cuyo caso el interés de demora no podría superarlo en más de dos puntos. También el

Acuerdo de la Junta de Jueces de Denia de 22 de abril de 2013 consideró abusivo el interés moratorio en préstamos a consumo que excediera al resultado de multiplicar por 2,5 el interés legal. Igual criterio se ha establecido en la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Toledo (Acuerdo de 16 de abril de 2013). En cambio se ha entendido que este límite debía ser de 3 veces el interés legal del dinero en el Acuerdo de 5 de abril de 2013 de la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Santiago de Compostela y en el Acuerdo de 26 de abril de 2013 de la Junta Sectorial de Jueces de Primera Instancia de Murcia. *Vid.* JUAN GÓMEZ, M. C., «Reflexiones...»; *op. cit.*, especialmente pág. 3.130.

¹³³ Así por ejemplo, se considera que no es abusivo un interés de demora del 29% TAE en la SAP de Barcelona de 19 de octubre 2010 (*JUR* 2010, 383298).

¹³⁴ Igualmente se entiende que debe moderarse y no suprimirse el interés moratorio en BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ LATA, N.; PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones...*; *op. cit.*, especialmente pág. 1.165.

¹³⁵ En las SSAP de Castellón de 20 abril de 1999 (*AC* 1999, 1086), Barcelona de 10 de julio de 2003 (*AC* 2003, 1141), Madrid de 5 de noviembre de 2004 (*AC* 2004, 2273) y León de 21 de junio de 2011 (*JUR* 2011, 278575), así como en el AAP de Barcelona de 30 de mayo de 2002 (*AC* 2002, 1245) se considera que es posible moderar los intereses moratorios en un préstamo con un consumidor con base en el artículo 1.154 del Código Civil.

¹³⁶ Así por ejemplo en la SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 6 de marzo de 2012 (*AC* 2012, 743) se reduce el interés moratorio al resultado de multiplicar por 2 el interés remuneratorio pactado y en la SAP de Sta. Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 391967), por multiplicarlo por 2,5.

¹³⁷ En este sentido, con base en la facultad moderatoria de las cláusulas penales prevista en el artículo 11 de la Ley de venta a plazos de bienes muebles que resultaba de aplicación al caso, en la SAP de Asturias de 28 de septiembre de 2000 (*AC* 2000, 1941) se optó por reducir el interés moratorio ajustándolo al resultado de multiplicar por 1,5 el interés legal del dinero.

¹³⁸ Se sigue esta tesis en la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (*JUR* 2010, 276528).

¹³⁹ Se sigue esta tesis en las SSAP de La Coruña de 29 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 211019) y Barcelona de 27 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659). A favor de esta tesis se muestran OROZCO PARDO, G.; MORENO NAVARRETE, M. A., «Alcance del «test de abusividad» de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE», en JIMÉNEZ LIÉBANA, D. (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona, Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, págs. 619-633, especialmente págs. 631-633; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «La declaración de cláusula abusiva de intereses moratorios en el procedimiento monitorio. Su impacto en el sector bancario», *RDBB*, núm. 132, 2013, págs. 133-166, especialmente págs. 155-157; y ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1609.

¹⁴⁰ Nótese que con ello se trae al PCM lo establecido en el artículo 1.108 del Código Civil.

¹⁴¹ Y no obstante, puede servir también de referencia para determinar si un tipo de interés moratorio es o no abusivo. A este respecto, el TJUE, en respuesta a una cuestión propuesta por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, entendió que «*el juez remitente deberá comprobar en particular [...], por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que este 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 [TJCE 2013, 89]). *Vid.* sobre esta cuestión ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Ejecución hipotecaria...»; *op. cit.*, especialmente págs. 219-222.

¹⁴² Ha de entenderse superada la controversia que ha suscitado en los tribunales este tema. Muy claramente se pronunció, por ejemplo, el AAP de Madrid de 11 de octubre de 2010 (*JUR* 2011, 18139), que consideraba que: «*no puede denegarse la petición de proceso*

monitorio apreciando de oficio la nulidad de una cláusula que establece unos intereses moratorios sobre la base de que pueden ser abusivos, en trámite de admisión («in limine litis»), ya que se trata de un extremo que deberá ponerse de relieve, en su caso, en la oposición que haga el deudor, pues no puede olvidarse que la demanda de juicio monitorio abre paso a una fase de alegaciones del demandado. La acreedora ha aportado el documento del que resulta fundamento de buena apariencia jurídica de la deuda y la cantidad de dinero, que conforme a lo pactado se adeuda, es determinada, vencida y exigible, ya que no estamos en una fase declarativa con contradicción, sino en el inicio de un proceso en el que basta la buena apariencia jurídica de la deuda, y en la que sí ha mediado pacto contractual de intereses, no cabe, sin contradicción alguna, considerarlo nulo pues con ello se impide a la entidad acreedora alegar y probar, en su caso, la licitud del pacto, máxime cuando, en el caso de estimarse abusivo y nulo de pleno derecho, procede la integración del contrato sustituyendo la cláusula abusiva, que es la consecuencia de dicha declaración, lo que tampoco es materia que pueda efectuarse en trámite de admisión, ya que se vulneraría el principio de contradicción». En definitiva, se entendía que la inadmisión *ad limine litis* provocaba la indefensión del acreedor. Esta misma idea aparece en otros autos de Audiencias Provinciales, tales como los AAAP de Barcelona de 24 de mayo de 2004 (*JUR* 2004, 22121), 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 117236), y 26 de enero de 2009 (*AC* 2009, 1186), así como, entre otros, el AAP de Almería de 15 julio de 2011 (*JUR* 2011, 377520). En cambio en otras ocasiones sí se admitió el control de oficio de las cláusulas abusivas. Así se consideró en las SSTs de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554) y 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296), así como en las SSAP de Oviedo de 22 de enero de 1993 (*AC* 1993, 32), Murcia de 1 de febrero de 2000 (*AC* 2000, 774), Murcia de 31 de marzo de 2000 (*AC* 2000, 1282), Burgos de 31 de octubre de 2000 (*JUR* 2001, 12518), Gerona de 23 de enero de 2001 (*JUR* 2001, 121934), Córdoba de 4 de mayo de 2001 (*AC* 2001, 1082), Lérida de 14 de enero de 2002 (*AC* 2002, 181), Valencia de 21 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 107147), Tarragona de 18 de julio de 2008 (*JUR* 2008, 314433), Alicante de 12 de julio de 2011 (*AC* 2011, 1529), Valencia de 20 de abril de 2012 (*AC* 2010, 954), Madrid de 10 de mayo de 2013 (*JUR* 2013, 210035) y Barcelona de 4 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 341659). Igualmente, se sigue esta idea en los AAAP de Córdoba de 25 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 19805), Asturias de 23 de junio de 2009 (*AC* 2009, 1722), Tarragona de 21 de julio de 2009 (*JUR* 2009, 425127), Gerona de 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 117094), Asturias de 9 de febrero de 2011 (*AC* 2011, 1875), Sta. Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2011 (*AC* 2011, 2075), Almería de 2 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 207691) y Madrid 4 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 128991).

¹⁴³ Sobre esta modificación *vid.* MADRID RODRÍGUEZ, F., «El nuevo...»; *op. cit.*, especialmente págs. 15-20; y JUAN GÓMEZ, M. C., «Reflexiones...»; *op. cit.*, especialmente págs. 3.136-3.137.

¹⁴⁴ Nótese que el artículo 552 de la LEC ha sido posteriormente modificado de nuevo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE núm. 153, de 27-6-2013) para ampliar los plazos de la audiencia a las partes que debe otorgar el juez.

¹⁴⁵ Igualmente, la Ley 1/2013 ha modificado el artículo 695 de la LEC para incluir entre las causas de oposición a la ejecución dineraria «[e]l carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

¹⁴⁶ Inicialmente tras la Ley 1/2013 se daba un plazo de audiencia de cinco días. Posteriormente la Ley 8/2013 ha elevado este plazo a quince días. *De lege ferenda* se critica la necesidad de dar traslado a las partes cuando el carácter abusivo de la cláusula sea patente en ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1.616.

¹⁴⁷ Si se aprecia de oficio y previa audiencia de las partes (art. 552 de la LEC) la existencia de una cláusula abusiva y se despacha ejecución sin aplicar dicha cláusula (art. 561.1-3) parece que no cabe recurso contra lo resuelto (ex art. 551.4 de la LEC). En cambio, si se deniega la ejecución, sí es posible recurso de apelación (art. 552.2 de la LEC). Si como consecuencia de la oposición del deudor el juez considera que existe una cláusula abusiva, es posible interponer recurso de apelación tanto si se despacha ejecución sin aplicar la cláusula como si se

deniega la ejecución (art. 561.3 de la LEC). Por su parte, en el procedimiento hipotecario, es posible el recurso de apelación contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva, sin que quepa recurso alguno si se acuerda continuar con la ejecución (art. 695.4 de la LEC). Critica la asimetría entre el tratamiento dispensado al acreedor y al deudor en la regulación de los recursos ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Cláusulas...»; *op. cit.*, especialmente pág. 1.617.

¹⁴⁸ Ello implica por tanto una excepción al principio de autonomía procesal de los estados miembros, con base en el principio de efectividad procesal del Derecho de la UE. La consecuencia necesaria de tal sentencia debe ser por tanto permitir la oposición por el deudor y el examen de oficio de la abusividad de las cláusulas contractuales incluso en el proceso monitorio y las ejecuciones hipotecarias, tal como ha implicado la reforma. Vid. sobre esta cuestión HUALDE MANSO, T., «Cláusulas abusivas del préstamo a consumidores y ejecución de la garantía hipotecaria», *Aranzadi civil-mercantil*, 2013-2, págs. 51-65, especialmente págs. 55-56 y 58-60; ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz c. Catalunyaixa)», *RCDI*, núm. 737, 2013, págs. 1415-1475, especialmente págs. 1447-1464; ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «La declaración...»; *op. cit.*, especialmente págs. 153-155.

¹⁴⁹ Se cita en concreto la STJUE de 4 de junio de 2009 (TJCE 2009, 155), que, referida a un procedimiento monitorio, y seguida por otras, como la STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162), considera que «el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello». Ya previamente la STJUE de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000, 144) había entendido que «el Juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato que le haya sido sometido cuando examine la admisibilidad de una demanda presentada ante los órganos jurisdiccionales nacionales». Vid. en igual sentido la STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), referida a un proceso monitorio, y la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), referida a una ejecución hipotecaria. La mencionada STJUE de 4 de junio de 2009 considera que el juez debe no aplicar la cláusula abusiva, salvo que el consumidor desee dicha aplicación. En cambio otras sentencias, como la STJUE de 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009, 309), no parecen considerar que el consumidor pueda expresamente consentir en sede judicial la aplicación de la cláusula, debiendo por tanto el juez evaluar en todo caso la legalidad de la cláusula y, llegado el caso, inaplicarla.

¹⁵⁰ Se cita STJUE de 9 de noviembre de 2010 (TJCE 2010, 335), en relación a una cláusula atributiva de competencia territorial. Lógicamente en el proceso el juez debe dar trámite de audiencia al profesional e incluso procurar que las partes debatan la cuestión de forma contradictoria (STJUE de 21 de febrero de 2013 [TJCE 2013, 46]).

¹⁵¹ Se critica el art. 698 de la LEC por permitir que el deudor se vea privado del bien hipotecado aun cuando obtenga una sentencia favorable en el juicio declarativo en ACHÓN BRUÑEN, M. J., «Deficiencias del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria y sus negativos efectos sobre los más desfavorecidos por la crisis económica», *CEF Legal*, núm. 141, 2012, págs. 5-46, especialmente págs. 29-30.

¹⁵² A favor del control de oficio, a la vista de la jurisprudencia de la Unión Europea, *vid.* GARCÍA DE PABLOS, J. F., «Las modificaciones en el sistema de ejecución hipotecaria en España a la luz del Derecho comunitario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2013-5, págs. 171-191, especialmente pág. 187. Muy acertadamente en nuestra opinión se considera que ello es posible también en otros procesos en RUIZ-RICO RUIZ, J. M.; DE LUCCHI LÓPEZ TAPIA, Y., «El debido tratamiento de las ejecuciones hipotecarias a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE», *LL*, 2013-4, págs. 1.119-1.126, especialmente pág. 1120; RAMÍREZ GARCÍA, E., «Estudio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores en Derecho comunitario y español a la luz de la Ley 1/2013», *LL*, 2013-4, págs. 1228-1232, especialmente págs. 1229-1230. Se entiende con carácter general que «[e]l control puede venir referido a tres circunstancias: a) de un lado, la facultad del juez de analizar e inaplicar las cláusulas nulas de oficio; b) de

otro, por la posibilidad o no de que, apreciada la nulidad, el juez pueda declarar válido el resto; y c) por la posibilidad o no de que ese juez integre el contrato, modificando la cláusula nula, dotándola de un contenido adecuado para que surta efectos (la denominada integración del contrato)». Vid. ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., «Algunos aspectos de la contratación. Especial referencia a las cláusulas bancarias techo-suelo. Protección del consumidor», *CEF Legal*, núm. 156, 2014, págs. 41-60, *loc. cit.* pág. 46.

¹⁵³ STS de 15 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8604). En cambio en algún caso se ha considerado que la usura es apreciable de oficio, aunque «con suma cautela» (SAP de Barcelona de 21 de marzo de 2002 [*JUR* 2002, 152009]).

*(Trabajo recibido el 20-05-2014 y aceptado
para su publicación el 30-06-2014)*

Reflexiones de actualidad acerca
de desequilibrio contractual
y cláusulas abusivas
*A current reflection on contractual
unbalance and unfair contract terms**

por

GERMÁN DE CASTRO VÍTORES
Universidad de Valladolid

RESUMEN: Este estudio quiere contribuir a la reflexión acerca de hasta qué punto y cómo la lógica de la asimetría contractual y la protección del consumidor, y en general del contratante débil, va y debe ir impregnando diversos espacios de la lógica y el ordenamiento contractual. Esta época de crisis ha revelado también la existencia de abuso contractual, y conviene mirar los pasos que se vienen dando y se podrían dar para hacer efectiva la protección del contratante débil/consumidor. La reflexión toma como punto de referencia algunos aspectos de la reciente actualidad jurisprudencial y legislativa en materia de cláusulas abusivas. Entre ellos aludimos al impacto que alguna jurisprudencia europea ha tenido en relación con el control judicial de estas cláusulas, y en concreto la Sentencia del TJUE de 14 abril de 2013, relativa a la ejecución hipotecaria; analizamos la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, relativa a las denominadas cláusulas suelo; y dedicamos espacio

* Este ensayo tiene su origen en una intervención en el *Convegno Internazionale «Il diritto delle obbligazioni e dei contratti nel tempo della crisi»*, celebrado en Roma (*Università degli studi Roma Tre*) el 10 de mayo de 2013. Se recogen en el texto algunas de las consideraciones que se hicieron en aquel foro, completadas con noticias que, en la línea que el autor esbozó en aquel momento, han venido a sucederse inmediatamente después. El texto se ha cerrado en las navidades de 2013.

a un tercer asunto, las cláusulas que fijan intereses moratorios y el examen y consecuencias de su eventual carácter abusivo.

ABSTRACT: The purpose of the present study is to contribute to the reflection on how far legal developments over contractual asymmetry and consumer protection (as the consumer is usually the weakest party to the agreement) are influencing different aspects of contract structuring and agreements legal system. The current crisis period has also revealed the existence of many unfair terms on the contracts, so it would be convenient to take a look back with the aim of watching the steps already taken in order to effectively execute the consumer/weak-party-to-the-contract protection, as well as those points that have not been accomplished yet. The present reflection has as a basis some considerations take from the jurisprudence and legislative recent issues on unfair contractual terms. Amongst these last news, we must highlight recent European jurisprudence related to courts oversight over unfair clauses, and specifically the European Court of Justice Sentence dated April 14th, 2013, connected to foreclosure, as well as the Spanish Supreme Court Sentence dated May 9th, 2013, in regard to the well-known «floor-clauses»; finally, we will also make a review on clauses setting interests in arrears, and their eventual consequences as unfair contractual terms.

PALABRAS CLAVE: Derecho contractual europeo. Asimetría contractual. Contratos con consumidores. Principio de buena fe. Cláusulas contractuales abusivas. Jurisprudencia europea. Ejecución hipotecaria. Cláusulas suelo. Intereses moratorios.

KEYWORDS: *European contract law. Contractual asymmetry. Contracts with consumers. Good faith principle. Unfair contract terms. European jurisprudence. Foreclosure. «Floor-clauses». Interest in arrears.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL.—III. EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013 (ASUNTO C 415/11, CASO AZIZ).—IV. APUNTE SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO DE 2013 (CLÁUSULAS SUELO).—V. ACERCA DE LOS INTERESES MORATORIOS ABUSIVOS.—VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

PLANTEAMIENTO

¿Hasta qué punto debe llegar la protección del consumidor, y en general, del contratante débil, que pudiera ser también un empresario en la contratación

con condiciones generales, o abuso de dependencia económica? ¿Hasta dónde debe llegar la armonización...? Muchas cuestiones se plantean cuando se trata de reflexionar acerca de la lógica de la asimetría contractual, y de cómo impacta esta nueva lógica en aquella que, haciendo un gran esquema simplificador, pudiéramos llamar lógica clásica contractual. Y más aún en estos últimos tiempos, en que, en paralelo con una dura crisis, vivimos en España un momento de ebullición doctrinal y jurisprudencial, y de renovación, en lo que se refiere a esta materia, inducida también desde instancias europeas, legislativas y jurisprudenciales, como probablemente no se había conocido.

Frente a la lógica del contrato como un antes y un después, cuya fuerza vinculante se justifica por el hecho de la firma, y que está profundamente entrañada tanto en la mentalidad del jurista, del abogado, como en el sentir popular, la nueva lógica nos sitúa ante derechos de desistimiento..., nos obliga, no solo a disponer las cosas para que el cliente pueda sopesar su decisión (en lo que se insiste ahora, y hay importantes reformas legislativas en este sentido), sino a prepararnos para un control de contenido. ¡Hay también un control del contenido...!¹, lo que supone que el Juez va a entrar en el contrato, lo va a desmenuzar, destripar, analizar, sacará sus conclusiones y lo podrá podar...

Lógica vieja y nueva. Música clásica y *rock and roll*..., y el intérprete, el juez, y quien se ponga a pensar acerca del derecho contractual, tiene que tener *in mente* el ritmo moderno, sin olvidar la melodía clásica, y no dejar de atender a los acordes clásicos al mismo tiempo que en su cerebro retumba el ritmo más actual... porque además, en realidad las dos lógicas son distintas y a la vez son la misma lógica, si entendemos el significado del consentimiento fuerte y débil, y del contexto de la asimetría contractual².

Muchas instituciones, figuras, conceptos, criterios, que son perfectamente clásicos, vigentes y siempre actuales, han surgido, se han pensado y se han desarrollado en un momento en que los estudiosos no tenían *in mente* la problemática de la contratación estandarizada. Por eso, si construimos un sistema de ideas y de preceptos un poco por encima de todo aquel entramado, pero por muy pomposo que sea, un tanto superficial, la lógica de la asimetría contractual no empapará, no penetrará, realidades prácticas que probablemente habría de informar. He aquí un reto formidable: ir haciendo esta adaptación de un modo equilibrado, y adaptando las soluciones con la conveniente prudencia pero también la necesaria creatividad.

¿Es esto necesario (volvemos a preguntarnos)? ¿No será mejor que la lógica de la protección del contratante débil siga un poco funcionando como un decorado, como la nieve blanca que está allí en la montaña pero sin deshelar nunca y empapar el valle? ¿Y si la nieve se derrite toda de repente, si hay una avalancha, salvaje y sin controlar...? Ante estas preguntas, que suscitan complejas reflexiones, en que ahora no podemos entrar, sí cabe decir, recordando el proverbio chino «busca la verdad en los hechos», que, si algo nos ha enseñado

esta crisis, es que los abusos contractuales, «haberlos, haylos», como reza el célebre dicho galaico. *Ergo*, probablemente habrá que ser cuidadosos, atender a la protección del contratante débil y reaccionar.

Tras años de letargo, hay hoy un momento de ebullición, en que, con más o menos aciertos o errores, la nieve está empezando a deshelar... mucho trabajo reflexivo queda por hacer; examinaremos más adelante, con esta óptica, algún aspecto de la situación actual.

II. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LA ASIMETRÍA CONTRACTUAL

Antes de entrar en esas cuestiones, detengámonos aún en un breve desarrollo de alguna de estas consideraciones que vienen a la mente si nos ponemos a pensar sobre asimetría contractual en estos tiempos de crisis, y que se inscriben en el planteamiento que pretendo trasladar al lector, como telón de fondo del examen de unas noticias y vicisitudes concretas cuya exposición, breve y parcial, se ofrecerá en función del propósito de reflexión adoptado. Veamos:

En un artículo publicado a propósito de la STS de 16 de diciembre de 2009, el Notario PÉREZ HERESA, acerca del estado actual de la protección del consumidor (en este caso, bancario), quiere subrayar la importancia y necesidad de todas aquellas medidas preventivas y ajustes normativos que permitan al consumidor *sopesar* adecuadamente la decisión de contratar³. Y en este sentido, también por impulso (y en alguna ocasión requerimiento imperativo, como recuerda MÚRTULA LAFUENTE) de las autoridades europeas, en los últimos años hemos seguido avanzando en lo relativo a transparencia, deberes informativos precontractuales, formalización e información contractual. Pensemos en la última normativa sobre transparencia bancaria⁴, en las exigencias plasmadas en la nueva Ley de contratos de crédito al consumo, y actualmente en la reforma del TRLGDCU, que quiere afinar en aquellos aspectos con carácter general, y en concreto para la contratación a distancia y fuera del establecimiento mercantil, reflejando también la voluntad de garantizar una contratación reflexiva en la nueva ordenación, más generosa y con especiales requerimientos informativos, del derecho de desistimiento⁵. Ahora bien, si queremos de verdad ayudar al consumidor a *sopesar*, no hay más remedio que aceptar ciertos parones que vienen a ralentizar el ritmo, cesuras que interrumpen la continuidad del proceso de contratación, cierta pausa reflexiva. No es posible, o al menos requeriría una insólita habilidad constructiva de equilibrios, perseguir como un valor absoluto la agilidad, la flexibilidad, la inmediatez en la contratación (será preciso, eso sí, modular esta idea según las peculiaridades de los diversos sectores), y afirmar al mismo tiempo que se van a poner los mejores medios para facilitar al contratante *sopesar* su decisión⁶. Máxime cuando el *desideratum* de un consumidor mejor

informado puede desembocar en un mayor grosor de los prospectos informativos que se le faciliten, lo que nos llevaría a una meditación acerca del *carácter* e *impacto* que ha de tener esta información mejor... Y al pensar acerca de esta pausa reflexiva, es significativo que en la reforma planteada del TRLGDCU, la medida que está suscitando mayor controversia (prueba de la dificultad y factores diversos que juegan en este asunto, pero asimismo de la resistencia a sacrificar beneficio tangible a esta bella idea del *sopesar*), es precisamente aquella que resta valor a la contratación telefónica, requiriendo un plus ulterior⁷, que puede otorgarse inmediatamente, pero tras una «ruptura» (pensemos en un sms enviado al poco tiempo de haberse cerrado la conversación telefónica).

Ahora bien, como hemos recordado, hay «también» un control de contenido. Y en el mismo número de la revista en que PÉREZ HERESA habla de prevención, información y educación al consumidor, escribe ALFARO un breve apunte que titula «Hay que poder confiar». En esta línea, atendiendo a que conforme a una lógica clásica el esfuerzo habría de concentrarse en propiciar una óptima prestación del consentimiento, cabe pensar que al establecer el control de contenido, el legislador viene a aceptar que con el de inclusión no basta; que por muy bien que organicemos todo lo relativo a la preparación y formalización del contrato, la pretensión ideal de que una vez celebrado no haya que ocuparse ya más que de su cumplimiento, no es alcanzable, por la propia fuerza de las cosas, por la particularidad de la mecánica contractual estandarizada y la posición de asimetría de quienes en ella intervienen.

La lógica del control de contenido es una faceta más de esa nueva lógica de la asimetría contractual a la que hemos aludido, y en ella tiene cabida toda reflexión acerca del equilibrio jurídico del contrato, que permita apreciar el desequilibrio examinando todas las circunstancias. No basta el hecho de la firma para justificar que determinados contenidos formen parte de la vinculación contractual⁸. Frente a la idea de que son los contratantes quienes mejor conocen y aprecian el equilibrio del contrato, y que puede haber razones, en las que el juez no puede o no debe entrar, para justificar lo que han querido como ley entre las partes (como cuando alguien hace una donación), aquí el juez se introduce en el contrato, bucea en él... por ello, ponernos a pensar acerca del sentido de ciertas normas de derecho dispositivo, calibrar si las hay de diverso tipo y significado, comparar distintas situaciones o ámbitos de contratación, etc., todo ello tiene ahora importancia, y hay que «perder el tiempo» en cuestiones como estas, no solo en apreciar la transgresión de los límites básicos marcados por el Código a la libertad contractual y presencia de eventuales vicios del consentimiento.

Los ordenamientos europeos, cada uno con sus particularidades y por caminos no siempre coincidentes, son en general reticentes a propiciar la intervención del Juez en el contrato. Sin embargo, en el ámbito en que nos movemos, constatamos que no solo está prevista con naturalidad, sino que a la Jurisprudencia del TJUE le parece muy apropiada la intervención de oficio, por su efecto

disuasorio útil para alcanzar los objetivos del artículo 7 de la Directiva 13/93⁹. Sin embargo, como deducimos incluso de este apunte, se quiere sobre todo prevenir, configurar el recurso a la revisión judicial del contrato como amenaza educativa, pero con el íntimo deseo de que no llegue a hacerse necesario, pues tampoco es lo ideal. En una especie de paradoja, para prevenir, para evitar que el Juez tenga que reconstruir los contratos, y conseguir que nazcan espontáneamente equilibrados, se hace necesario prever aquella intervención y que sea una realidad tangible y actuante (una especie de *si vis pacem para bellum*).

Haciendo un *excursus* que juzgo ahora oportuno, este control de contenido ha de proteger al contratante débil, y este no tiene por qué ser solo un consumidor. Cuanto más se empequeñece el ámbito del consumidor (y su consideración estricta parece tendencia en Europa), más necesario va a ser plantear la protección del contratante débil que no tenga tal condición¹⁰. En Alemania, tanto la AGB-G como luego el BGB contienen una formulación especial del criterio de proscripción del desequilibrio abusivo contrario a la buena fe, también en la contratación entre empresas, aunque el nivel del control sea distinto y no intervengan las listas de cláusulas abusivas como en la contratación con consumidores¹¹. Por el contrario, entre nosotros, aunque la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales afirma que puede haber aquí desequilibrio contractual abusivo, se limita a indicar luego que su apreciación y consecuencias tienen por cauce la aplicación de las reglas generales del Código, sin especialidad alguna (el problema, parece decir, va a tener la misma respuesta que pudiera venir extrayéndose del Código desde siempre, como si la conceptualización doctrinal y ulterior Ley relativa a Condiciones Generales no tuviera repercusión alguna), pues la noción específica de cláusula abusiva se reserva en la Ley para la contratación con consumidores. Este vacío de nuestra legislación, criticado por la doctrina, y para cuyo estudio y propuesta de solución me remito a la obra de ALBIEZ DOHRMANN¹², quiere ser visto por algún civilista, como BERCOVITZ, con cierto optimismo, como una simple elipsis, el vacío no tiene por qué existir, llenarlo va a depender de que la Jurisprudencia desarrolle la potencialidad de determinados artículos del Código Civil. Por su parte MIQUEL, más pesimista en el sentido de que el legislador de la LCGC habría buscado positivamente, y lo habría conseguido, excluir un control específico del contenido en condiciones generales, augura sin embargo que la Jurisprudencia se apoyará en un uso adaptado del artículo 1258 del Código Civil (integración del contrato conforme a las exigencias de la buena fe), para verificar un desarrollo del control de contenido que «a la postre, será la mejor crítica que se pueda hacer a la ley»¹³.

Es significativo notar, en consideraciones que van más allá de esta concreta problemática y entran de lleno en la línea de nuestra reflexión, que fue el Tribunal Supremo alemán, con el impulso previo de la doctrina, el que con el material que proporcionaba el BGB, y sin el apoyo de una ley específica, desarrolló, eso sí, en una lenta evolución a lo largo de varias décadas, el criterio

y consecuencias de la proscripción del desequilibrio contrario a la buena fe, que luego se plasmaría en las determinaciones de la AGB-G en 1976¹⁴. Habrá que ver si nuestra jurisprudencia va construyendo esta doctrina del modo que PASQUAU, MIQUEL o ALBIEZ auguran o quisieran que sucediera para la contratación empresarial. Ahora bien, ya con carácter general, tanto ALBIEZ DORHMANN en 2009, como ALFARO en 2013, han puesto de relieve que en nuestro país se ha litigado poco en tema de cláusulas abusivas, y no contamos ni con la tradición ni con el acervo que ofrece Alemania en esta materia, ni siquiera en el ámbito de la contratación con consumidores, en que no parece existir particular vacío legal¹⁵. Es indudable que en la aplicación de los principios y en la labor de interpretación, ha de haber ensayo y acierto, ensayo y error, no siempre las decisiones y las líneas interpretativas esbozadas conducen a puerto seguro, y será necesaria una progresiva decantación¹⁶. Pero peor es el inmovilismo. Y por un complejo conjunto de razones, quizá ha podido observarse entre nosotros cierta atonía y falta de audacia jurisprudencial, durante largo tiempo; ahora bien, de un tiempo a esta parte la jurisprudencia parece despertar, lo que convierte este momento de relativa creatividad en particularmente interesante; habrá que ver qué quedará de todo ello, hasta dónde se va a poder llegar.

Algunos se fijan en el componente de inseguridad que puede acarrear esta búsqueda jurisprudencial, cuando va identificando cláusulas y prácticas como abusivas... Pero tampoco ha de ser el legislador quien caso por caso, a cada momento, aclare y determine lo que es o no lícito: el sistema de control contractual implica una labor de aplicación de unos principios y de un conjunto de criterios y reglas; tarea deductiva en absoluto ajena a nuestra tradición jurídica. No hace falta que encontremos identificada por la ley, con un casuismo exasperado, cada cláusula que se ha de anular. Los criterios generales, las listas orientativas y la propia tarea jurisprudencial debieran ser suficiente, en principio, para que todos vayan sabiendo a qué atenerse... Cierta dosis de inseguridad puede jugar en contra de los predisponentes, igual que otros aspectos relacionados con la dificultad de organizar estas cuestiones juegan a su favor; pero esto solo ha de preocupar a quienes se muestran proclives a jugar siempre con sus prácticas y en la elaboración de sus clausulados en el límite de la lealtad y de la legalidad. Lo que sucede es que quizá a estos predisponentes se les ha acostumbrado mal...

Por otra parte, a veces parecería como que los árboles no nos dejaran ver el bosque, y enredados en multitud de reglas, disquisiciones y distinciones, encontramos dificultades para operar aplicando los principios generales a pesar de que su plasmación en una regla concreta ofrezca alguna carencia o imperfección. Una especie de positivismo nos retrae (algo lógico, por otra parte, teniendo en cuenta la tradición contractual clásica en que nos movemos y a la que no pretendemos renunciar) a la hora de aplicar un principio, una regla general, y estamos como necesitados de que el legislador venga en nuestra ayuda, dictando una disposición concreta que contribuya a erradicar una cláusula o una práctica contractual¹⁷.

Cuando finalmente la innovación legislativa se produce, acaso tras años de duda e indecisión, quizá como resultado de la trasposición de alguna Directiva que trata de impulsar y armonizar la «mejora en la protección del consumidor»..., al examinar la solución positivizada, muchas veces da la impresión de que tal regla no es más que una consecuencia lógica y deducción de reglas y principios preexistentes, pero que por las razones que sean, ha encontrado dificultades para abrirse paso, y necesita ese impulso para convertirse en concreta orientación práctica¹⁸... Hay como una dificultad, una resistencia, a que se abran paso esos criterios, esas soluciones que luego se perciben evidentes y lógicas si se quiere proteger eficazmente al consumidor...

Dicho todo esto, importa notar que si hemos de razonar acerca de desequilibrio contractual, resulta insuficiente y reductivo ponernos a pensar solo en un consumidor individual pleiteando por una cláusula abusiva¹⁹. Como ya explicara DE CASTRO, si se ha de proteger eficazmente al contratante débil, hay que tener muy en cuenta los aspectos procesales²⁰. No cabe dar la justa respuesta a la asimetría, si no la contemplamos panorámicamente, y no incluimos los ajustes adecuados en consideración a las ventajas con que en esta partida de ajedrez, por la configuración de base del ordenamiento y por la fuerza misma de las cosas, cuenta quien organiza el intercambio y la contratación en masa, con condiciones generales. No basta, y se quedaría en simple retórica, una protección en el sentido que hemos venido exponiendo acerca de labor del juez y cláusulas abusivas, si no se adapta el ordenamiento en aspectos como la organización administrativa, y los cauces procesales, poniendo especial cuidado en la organización de la tutela colectiva y la perfecta imbricación entre la pretensión colectiva y la individual²¹.

La lógica de la asimetría contractual incluye e impone tener en cuenta cómo juegan a favor del contratante fuerte una serie de circunstancias, tanto fácticas, incluso psicológicas, como de orden jurídico. Dentro de esta batería de ventajas, los profesionales y sus equipos de abogados pueden aún hoy contar con esta circunstancia, de que no hay todavía un pleno ensamblaje entre la configuración de determinadas facetas del ordenamiento y los principios y objetivos de la protección del contratante débil y del consumidor; y aprovechar en su favor lagunas, incoherencias, en definitiva, la falta de trabazón del ordenamiento, de una red que engarce los principios clásicos con las nuevas lógicas; esto potencia la eficacia de su resistencia pasiva y el consiguiente desánimo de quien termina por asimilar como algo natural la carencia de instrumentos ajustados y eficaces de defensa, y de estímulo a la contraparte a un comportamiento leal. Pueden así aquellos seguir sacando cierto partido a un estilo de contratación un tanto escaso de buena fe.

Por eso, sin duda, importan los principios, a lo que nos hemos referido antes, y también importa, entiéndase bien, la mejora de la reglamentación positiva, pues sus vacíos y contradicciones, la carencia de una sanción con auténtico efecto disuasorio, la falta de atención a un detalle procedimental..., vienen constituyendo

la escapatoria que el gabinete jurídico del contratante fuerte aprovechará, como cabe apreciar examinando los argumentarios con que se recurren determinadas resoluciones judiciales, o cómo se utilizan, por ejemplo, los principios de la protección de datos para impedir demandas colectivas en defensa de aquellos cuya intimidad se dice custodiar, etc.

Formará parte también de aquellos argumentarios defensivos insistir en la inconveniencia, dificultad o directamente imposibilidad de realizar determinadas adaptaciones, e introducir en el ordenamiento innovaciones imaginativas que respondan a la peculiaridad de la contratación estandarizada, y a las singularidades y exigencias del intercambio contractual en ciertos sectores.

Ahora bien, en este tiempo de crisis y asimismo de ebullición legal y jurisprudencial, apasionante desde varios puntos de vista, en que nos encontramos, también un conjunto de sentencias del TJUE, algunas provocadas por asuntos procedentes precisamente de España, nos han llevado a constatar que incluso algunas barreras que habían podido parecer infranqueables, pueden sin embargo ser traspasadas, introduciendo algún matiz interpretativo o algún retoque legal, en esa tarea de adaptación del ordenamiento al criterio de efectividad de la protección del contratante débil (en este caso, del consumidor). Figuras, mecanismos y procedimientos que surgen, se consolidan y desarrollan, y han sido pensadas ante todo en el contexto de aquella que definíamos como la lógica clásica contractual, cuando esta va siendo impregnada por la lógica de la asimetría, han de pensarse en parte de manera diversa, retocarse, reajustarse, y todo ello no debiera resultar en realidad ni tan difícil ni tan traumático, si hay la conveniente voluntad política para poner en marcha atinadamente esta adaptación.

Toda esta reflexión, en definitiva, forma parte de una recapitulación más profunda y extensa, que será oportuno hacer, ahora que se aproximan los 40 años desde la AGB-G o se cumplen 30 desde nuestra Ley de consumidores. Y que ha de partir de replantear hasta qué punto se quiere o puede llegar en la atención al contratante débil y al consumidor, no solo en la esfera de los principios sino en el entramado cotidiano del actuar jurídico. Lo que conviene hacer con sinceridad, hay también quien indica que la protección necesariamente va a ser, y ha de ser, relativamente limitada²²... Y quien recuerda asimismo que las empresas y entidades financieras están ahí para ganar dinero, obtener un beneficio a costa del cliente, y por tanto tan importante como todo lo anterior va a ser educar a ese eventual cliente, para que sea consciente de esta realidad y tome cuidado... Sin embargo, a mi modo de ver y como afirma ALFARO en el artículo a que antes aludía, no basta con inculcar al consumidor la vieja advertencia *caveat emptor*; por muchas razones, por las características del nuevo modo de contratar, del tipo de relaciones que se establecen, de los productos y servicios que se intercambian, y las exigencias del propio desarrollo de una economía dinámica, hace falta algo más, mucho más: «hay que poder confiar».

Reflexionando entonces acerca de todo esto, entre la opción *caveat emptor* y la plena protección viene a la cabeza la idea de que puede haber una tercera opción, una ambigua situación, y que puede acaso llegar a ser peor que cualquiera de las otras, y más peligrosa aún que no proteger al consumidor, y es decirle y hacerle creer que se le protege, para luego no protegerle en realidad, por no haber sabido construir los argumentos concretos y los mecanismos realmente eficaces para protegerle²³.

Si hemos convenido en que el consumidor ha de poder confiar, no se trata solo de suscitar su confianza con vistas a incrementar la contratación, en cuanto esto es necesario para el desarrollo del comercio en el mercado interior; la confianza se ha de fundar sobre bases sólidas. Parecería en ocasiones que el legislador se preocupara ante todo de suscitarla, un tanto al margen de una valoración realista y rigurosa de la efectividad práctica que principios programáticos, criterios y reglas legales muestran en la prevención y cura de los males a que puede conducir la asimetría contractual.

Igual que sucede con esas nasas para pescar el marisco, en que se entra fácilmente pero luego no es posible salir, el contratante débil puede verse en un laberinto para resolver los problemas que se le plantean o para desligarse del contrato. Esta situación, que refleja plásticamente lo que ha podido venir ocurriendo en ciertos sectores contractuales, como los de servicios de telefonía, en que han menudeado prácticas encuadrables en lo que cabría denominar «fidelización abusiva»²⁴ (si bien, la situación ha ido mejorando), podemos tomarla como metáfora de lo que en general pudiera acontecer al consumidor, al que llegan, más o menos precisos, mensajes atinentes a sus derechos, a la preocupación por su protección, y a la confianza que puede tener en que los clausulados que se le ofrecen son equitativos (por cuanto existe un control legal), y que ve luego que toda esa literatura o run run ambiental, no se corresponde a la hora de la verdad plenamente con lo que sucede cuando constata estar siendo víctima de un desequilibrio abusivo, pues le resulta más difícil y costoso de lo que preveía, actuar remedios concretos eficaces, adecuados a la particularidad de estas modalidades de vinculación contractual, al tipo de relación que establece con el profesional, al abuso de que puede ser víctima, y a la posición de la empresa, a la que ciertas formulaciones legales, apelación a mecanismos de reacción por parte del perjudicado, o sanciones, pueden parecer una insignificancia en comparación con el beneficio que obtiene mediante una actuación poco escrupulosa.

En este momento de ebullición doctrinal y jurisprudencial y de reformas legislativas, siguen presentándose, pues, ante nosotros, tres grandes cuestiones, retos para la reflexión y la actuación: a) todo lo que tiene que ver con impregnar con la que hemos denominado lógica de la asimetría contractual, la lógica contractual clásica, y realizar las interpretaciones adecuadas y los ajustes pertinentes en diversos sectores del ordenamiento, para atajar las ventajas indebidas obtenidas con abuso del consumidor; b) hacer esta adaptación de una manera

equilibrada, sin subvertir el esqueleto y los grandes rasgos clásicos del universo contractual, y sin ceder a la tentación de que principios, reglas y criterios se desenfocan inopinadamente; y c) trabajar sobre la propia lógica y mecanismos de reequilibrio de la asimetría contractual, para que reflejen en sus rasgos los principios clásicos y a la vez las peculiaridades requeridas por la realidad singular a la que responden.

Hechas estas consideraciones generales, vayamos al examen de varias cuestiones concretas...

III. EN TORNO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 14 DE MARZO DE 2013 (ASUNTO C 415/11, CASO AZIZ).

Nos va a servir esta significativa Sentencia como eje para desgranar en torno a ella algún aspecto y observaciones de actualidad sobre cláusulas abusivas en España que en este momento nos interesan; no es que vayamos a tratar todos sus argumentos ni extendernos en detalles²⁵; nos importa más bien llamar la atención acerca de su existencia y su conexión con el enfoque que hemos adoptado.

Explicaba PASQUAU LIAÑO hace unos años²⁶ que en su opinión, la solución al problema de la apreciación de oficio por el Juez del carácter abusivo de una cláusula, y al relativo a la función calificadora del Registrador a efectos de denegar su inscripción en el Registro inmobiliario, debían afrontarse y resolverse de la misma forma. Y manifestaba serias dudas acerca de la pertinencia, tanto de una solución, como de la otra. El posicionamiento en contra derivaba, en lo tocante a la labor del Juez, de las exigencias del principio de contradicción y audiencia de parte (cómo declarar nula la cláusula sin que el profesional haya tenido la oportunidad procesal suficiente de defender su validez), y en el segundo caso, de la constatación de que la calificación de una cláusula como abusiva muchas veces «reviste un grado de complejidad valorativa que no cabe, entiendo, ni funcional ni conceptualmente en los estrechos márgenes de la calificación registral»²⁷.

Frente a este razonamiento, es interesante mirar lo que ha ido sucediendo en los últimos años, a partir sobre todo del 2000, a través de sucesivos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la UE, formando un potente *corpus* jurisprudencial favorable a la apreciación de oficio del carácter abusivo por el Juez; frente a la observación del autor antes citado, y a una idea más o menos generalizada (aunque no unánime) que flotaba en el ambiente, también en la doctrina italiana, vinculando el ámbito del derecho privado, derecho contractual, espacio de autonomía de la voluntad, a la necesidad de alegación por el perjudicado para que el Juez entre a valorar una posible y peculiar ineficacia en favor del consumidor, se afirma con vigor una consecuencia que quiere vincularse con la importancia del compromiso asumido en pro del consumidor

adherente por el ordenamiento (orden público), con su *efectividad*, y cada vez más, con una especial seriedad en la consideración de la cláusula abusiva como nula de pleno derecho, al menos en este punto (cfr. art. 83 TR-LCU)²⁸. Y se profundiza esta doctrina en una significativa evolución, desde unos primeros pronunciamientos que insisten sobre todo en la facultad del Juez para apreciar de oficio, como medio para alcanzar el objetivo del artículo 6 de la Directiva 93/13, y por su efecto disuasorio que contribuye alcanzar el del artículo 7..., a los más modernos en que se afirma con claridad el deber del Juez nacional de realizar de oficio esta apreciación, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho para ello, y dejar de aplicar la cláusula (con la salvedad vista en nota); pudiendo acordar también de oficio las diligencias de prueba necesarias para determinar si una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva²⁹; y extendiéndose estas posibilidades a diverso tipo de procesos, como el monitorio³⁰...

Eso sí, el Juez que vaya a entrar de oficio a examinar estas cosas sin que se le haya solicitado, debe informar a las partes o en su caso al demandante de lo que se propone revisar, para que pueda alegar cuanto tenga por conveniente. Y en este sentido, es muy interesante cómo la jurisprudencia del TJUE, con respeto de la denominada autonomía procesal de los Estados miembros, ha ido indicando que el principio de efectividad de la tutela del consumidor impone que se hagan en los distintos ordenamientos los retoques necesarios en la esfera procesal, si fuera preciso, aquí y allá, para que el Juez pueda siempre entrar a hacer estas valoraciones sin que esté cerrado el cauce para la alegación y discusión correspondiente. Esto lo habían visto en su día autores como MIQUEL o CLAVERÍA, escudriñando en la LEC cuál habría de ser el cauce procesal adecuado para que el predisponente pudiera justificar en su caso la pertinencia de la cláusula, y cupiera el control de oficio sin los reparos manifestados por PASQUAU LIAÑO.

En el asunto de la posible negativa por el Registrador de la Propiedad a inscribir una cláusula que juzgue abusiva, hay varios datos a considerar, y también una interesante evolución. Es cierto lo que apuntaba PASQUAU acerca de la complejidad valorativa, y que en ocasiones el Registrador no va a tener todos los elementos para ver la nulidad y actuar en consecuencia. El Registrador no es Juez. Y es posible que accedan al Registro cláusulas que después se revelen abusivas (igual que, como sabemos, puede suceder con actos nulos, no subsanados por la inscripción). La Ley, en algún pasaje, parece indicar que, compitiendo al Juez la declaración de nulidad, la actividad del Registrador queda como a expensas de lo que se haya declarado por Sentencia. Sin embargo, y esta consideración está en línea con la doctrina que acabamos de reseñar relativa a la apreciación judicial de oficio, si hay una nulidad por contravención a la Ley, y el Registrador la percibe, no tiene más remedio que denegar la inscripción. El acto nulo no debe producir efecto, y el Registrador es un funcionario

suficientemente preparado para valorar prudentemente, en muchas ocasiones, esta circunstancia³¹.

Hubo un debate doctrinal, en que autores como CARRASCO defendían, con base en argumentos como el indicado de PASQUAU y diversas consideraciones, tajantemente, que el carácter abusivo de cláusulas contractuales es cuestión que «no compete» al Registrador, mientras otros, señaladamente MIQUEL, insistían en la solución contraria, con el argumento que sucintamente acabamos de exponer. En una primera época, si se puede hablar así, la DGNR se mostró receptiva a la primera opción, hasta llegar, en algunas famosas resoluciones entre los años 2006 y 2008, a entender esta competencia ajena al sistema de seguridad jurídica preventiva en que se enmarca la función registral (con el aplauso de CARRASCO y la aguda crítica de MIQUEL)³². Todo se complicó aún más con una reforma por la Ley 41/2007, de difícil interpretación y encaje, en que se introdujo una contradictoria noción de cláusulas financieras, pretendidamente ajenas a la trascendencia real hipotecaria y por ello también a la calificación registral (art. 12 LH), y que sin embargo aspiran a tener, y tienen sin duda, trascendencia real y en la ejecución hipotecaria (cfr. arts 9 y 130 LH).

Las aguas volvieron, sin embargo, a su cauce; la Dirección General de los Registros, sobre todo desde 2010, reorientó su doctrina, construyendo una interpretación sistemática del artículo 12 LH; también el Tribunal Supremo había contribuido a dejar claro que compete al Registrador calificar y en su caso denegar la inscripción de aquellas cláusulas que aspiren a desplegar eficacia hipotecaria y, con los elementos de juicio que por naturaleza le son propios, aprecie con claridad abusivas (Vgr. la importante STS de 16 de diciembre de 2009 [Sala Primera]); también la jurisprudencia comunitaria contribuyó, como hemos visto, a solidificar estos principios; y legislativamente es importante en este sentido la Ley 2/2009, de 31 de enero (art. 18). El propio CARRASCO PERERA, matiza después su discurso, aceptando la distinción (que ya había recogido PASQUAU LIAÑO, y se refleja en la importante RDGRN de 1 de octubre de 2010), entre cláusulas que «estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente», cuya inscripción se denegará, y aquellas otras en que la valoración de la abusividad, por depender de conceptos indeterminados y de un análisis de las circunstancias fácticas del caso, se escapa al juicio del Registrador. Pero no se trata tanto de una cuestión de concepto, sino de dificultad de valorar en el marco de los razonables límites de la labor registral³³.

En un texto ultimado a lo largo del año 2008, y que (fue finalmente publicado) se publicó poco después de la promulgación de la Ley 2/2009, a la vez que manifestaba mi extrañeza con la reforma de 2007, realicé una indicación, a modo de provocación y con vistas a incidir en la reflexión y el debate: si hipotéticamente, en este contexto de las nuevas nulidades de que había hablado CLAVERÍA (en definitiva, de la adaptación del sistema de la ineficacia y la nulidad a la contratación estandarizada)³⁴, pudiera preverse que no corresponde al Registrador

desvelar o revelar el carácter abusivo de una cláusula (en cierta medida es cierto, en cuanto no es Juez, y en cualquier caso en ocasiones no va a poder apreciarlo), la aceptación de esta idea debiera ir acompañada por algunos ajustes procesales atinentes a la ejecución, si de verdad se quiere proteger al consumidor en un sistema equilibrado, y para que el automatismo de la ejecución no se convierta en una trampa para el adherente. Si el Registrador no puede ser Juez, el Juez deberá tomar cartas en el asunto, y abrir un incidente, todo lo sumario que se quiera, en el que pueda discutirse y apreciarse el carácter abusivo de cláusulas predisuestas, antes de que entre en juicio el automatismo de la ejecución. Esta sugerencia o vaticinio no desconocía el cauce que tiene el adherente, en cualquier momento, de suscitar un declarativo impugnando las cláusulas, pero surgía también de entender que, por la fuerza de las cosas, no hay más remedio que considerar tal sistema insuficiente para verdaderamente proteger al consumidor y enviar un eficaz aviso al predisponente. Basta algún retoque procesal para que, sin ánimo de erosionar la potencia del sistema ejecutivo, nos sirvamos también de su ordenación en pro del equilibrio contractual que propugnamos. De esta manera además, el Registrador, que muchas veces no puede denegar la inscripción por no terminar de ver claro, puede sin embargo hacer alguna advertencia al predisponente acerca de las posibles consecuencias futuras de la inserción de una inicua estipulación. Y así, el sistema de seguridad jurídica preventiva en cierto sentido se potencia, recibe un impulso, un refuerzo con esta previsión de actuación *ex post* del Juez, ambos mecanismos, *ex ante* y *ex post*, se retroalimentan.

Cabría aquí hacer un *excursus*, relativo a la necesidad de seguir trabajando, con la vista puesta en el planteamiento de hasta qué punto nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva está adaptado o es adaptable a la lógica de la protección del contratante débil, y a las exigencias de la *loyauté*, en la contratación estandarizada. Parece claro que el sistema sí se adapta bien, ha habido tiempo suficiente y bases muy sólidas para ello, al universo que hemos denominado de la contratación clásica, pues ahí engarza. Hay que seguir examinando cómo y hasta qué punto se adapta a esta otra lógica más moderna. Probablemente Notario y Registrador necesiten este tipo de apoyo, de ayudas «externas» (por así decir) para sentirse seguros, reforzados, en el ejercicio de esta función. Y figuras o mecanismos acaso menos pomposos que el famoso Registro de Condiciones Generales, pero más eficaces en el día a día, en el respaldo que, por ejemplo, el Notario concreto debe tener a la hora de valorar, asesorar o llegar a contrariar en su caso ciertas pretensiones del profesional al redactar clausulados³⁵.

Varios años después de aquellos planteamientos apuntados en mi libro sobre la cláusula penal, y tras el antecedente que abre el cauce del control de contenido en el proceso monitorio (STJUE de 14 de junio de 2012) la STJUE de 13 de abril de 2013 (y no entraremos pormenorizadamente en su temática, como anticipamos), ha venido a decir, a grandes rasgos, y entre otros contenidos, que el sistema español conexo a la Directiva 13/93 es incompleto, si no recoge la posibilidad de que en el

contexto de una ejecución, pueda brevemente revisarse la abusividad de cláusulas contractuales incluidas en el título ejecutivo y operantes en el alcance de la ejecución (comenzando, como es lógico, por aquellas en virtud de las cuales se desencadena la ejecución misma, pues si estas fueran abusivas no tendría sentido realizarla³⁶).

Así pues, tras la recepción de esta doctrina por la Ley 1/2013, que reforma una serie de preceptos de la LEC y la LH, el control de contenido tiene abierto un espacio específico en el juicio ejecutivo, pudiendo actuarse incluso de oficio; y el nuevo planteamiento también incide en la actuación notarial en el procedimiento de ejecución a través de la venta extrajudicial³⁷.

Conforme al nuevo artículo 695 LEC, en caso de estimarse esta nueva causa de oposición que nos ocupa «se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva». Habrá que ir viendo cómo se va ajustando y equilibrando en la práctica esta nueva dinámica, cuándo va a considerar el Juez que el título ejecutivo ha de ser reformulado, que no hay la liquidez necesaria, que dejan de darse las condiciones para que prosiga el proceso con su característico automatismo³⁸... Ciertamente es, como apuntan tanto DOMÍNGUEZ LUELMO como ALFARO, que esta transformación del juicio ejecutivo puede tener escasa repercusión, en cuanto que al deudor que es ejecutado simplemente por razón de que no paga y no va a poder pagar, poco le va a ayudar..., pero para los efectos en que a nosotros interesa fijarnos, es muy significativa.

IV. APUNTE SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO DE 2013 (CLÁUSULAS SUELO).

Esta Sentencia, en una compleja argumentación cuya variedad de matices (y de motivaciones de fondo) no es posible detallar en breves páginas³⁹, adopta una decisión que pudiéramos calificar de salomónica, y deja evidentes flancos abiertos a la crítica; aunque también se ha juzgado justo reconocerle mérito, por la delicada navegación que realiza en aguas pantanosas, y por tratarse de una *sentencia prudente*⁴⁰. El núcleo o resumen de la crítica que puede merecer está vinculada al interrogante de si el Tribunal Supremo *podía* realmente hacer lo que ha hecho con el material normativo y las posibilidades de interpretación que le confía y le permite el ordenamiento⁴¹.

La sentencia opta por enfocar el reproche a las cláusulas suelo que enjuicia, desde el ángulo de lo que algún autor ha estudiado como «abusividad por falta de transparencia»⁴². Lo primero que quiere dejar claro es que en el derecho español no se ha instaurado el control de contenido atinente al objeto principal del contrato, al equilibrio precio/contraprestación, que sin constituir el eje del control en la Directiva 13/93⁴³, es una opción aceptada por esta. Precisamente en un tiempo en que el TJUE recalca la posibilidad de este control más intenso,

e interpreta en este sentido ciertas elipsis del legislador español (STJUE 3 de junio de 2010, asunto C-484-/08, «Caja Madrid»), la STS quiere aprovechar para dejar sentado que en España no se ha optado por este control del precio, en línea con una doctrina que critica también la STJUE citada, por entrar indebidamente a interpretar lo que el ordenamiento interno establezca⁴⁴.

Ahora bien, este último control de contenido queda excluido «siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (art. 4.2 D. 13/93). Y entonces, la STS, una vez afirmado que esta cláusula (que viene a convertir un interés variable, a partir de un determinado nivel de descenso del índice de referencia, en uno fijo garantizado para el banco), es en general y en abstracto admisible y válida, acogiendo planteamientos vigentes en Alemania y la sugerencia de PERTIÑEZ, cuya pertinencia en España no cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina, se centra en la transparencia, e introduce el denominado doble filtro, dando sustantividad propia a este requisito y consiguiente control, y entendiendo que las cláusulas pueden ser nulas por falta de transparencia, aunque su redacción sea clara y cumplan los requisitos de incorporación, si en el entramado general de la información que se suministra al consumidor puede juzgarse que están como enmascaradas, de modo que el adherente no ha podido tenerlas presente, tenerlas en cuenta, al nivel de atención y de impacto en su decisión que merece el objeto principal del contrato; no habiéndose predispuesto la información para que el consumidor se percate del real escenario de precio en que se va a mover, y pueda comparar con las ofertas de otras entidades⁴⁵.

Este es uno de los ejes de la crítica que un grupo de sus detractores hace a la Sentencia: introducir una causa de nulidad no alegada, que no pudo discutirse (argumento rebatido por el TS en Auto de 6 de noviembre de 2013), pero ante todo, no prevista en nuestro ordenamiento, que articularía su control en torno a la dicotomía incorporación/contenido: si se discute acerca de claridad, no hay sino desembocar en el control de incorporación; y si las entidades cumplen razonablemente las exigencias legales de incorporación, no debieran sentirse amenazadas en tanto sometidas a unas exigencias de transparencia poco diáfnas y enjuiciables *a posteriori*. Un segundo motivo de crítica es la construcción de un juicio de falta de transparencia con carácter abstracto, que no sería posible, pues debiera estar por naturaleza apegado al dato concreto y circunstanciado de la relación informativa y de aceptación con cada cliente. La Sentencia, uno de los argumentos que maneja para la ulterior decisión de eliminar el efecto retroactivo de la declarada «nulidad», es que, moviéndose en el contexto de una tutela colectiva y una valoración abstracta (y un tanto panorámica, *grosso modo*, parece querer indicar, aunque no lo diga⁴⁶), le corresponde ordenar la cesación precisamente de esa conducta que en abstracto ha detectado reprochable, que es la permanencia de las cláusulas tal como están, pero tal valoración no termina de tener la fuerza necesaria y suficiente para llevar consigo ninguna condena de restitución.

Porque, efectivamente, una segunda vertiente que ha producido estupor en la Sentencia, es que declara que no ha de restituirse pago alguno de los verificados hasta su publicación. Esta vertiente ha sido también objeto de severas críticas⁴⁷. Volveremos sobre este punto, apuntemos ahora solo un ensayo de interpretación correctora de la STS, que puede resultar del enfoque hecho por la SAP de Madrid de 26 de junio de 2013, y teniendo en cuenta muy parcialmente observaciones de ALFARO⁴⁸: quizá no se debiera haber declarado una nulidad, sino solo un juicio conducente a la cesación⁴⁹, susceptible de ser completado por la discusión en juicio individual de si el cliente concreto fue o no bien informado, con vistas a la restitución. Pero esta última posibilidad no se ha querido por la Sentencia, y da a entender este autor que en tal opción han pesado razones de estabilidad político/económica, en el contexto del carácter salomónico de la decisión. Ahora bien, si con carácter más general hubiera de aceptarse que el juicio abstracto de transparencia no es posible, y que las acciones colectivas no pueden constituir cauce para una discusión acerca de esta materia que pueda tener repercusión alguna, esta sería una muestra más de la necesidad de readaptar y seguir mejorando en nuestro sistema la conexión entre control abstracto y concreto, y entre tutela colectiva y acción individual, pues sigue habiendo en este campo grietas y lagunas, dificultándose así una tutela del consumidor que debiera alcanzarse por vías mejor articuladas, claras y expeditas.

Hechas estas reflexiones, es curioso constatar que en el interior de la propia Sentencia van combinándose y entrelazándose como dos líneas de pensamiento, dos órdenes de consideraciones: a) La línea esencial, el núcleo del argumento: la cláusula se anula por un problema de transparencia; considerada directamente engarzada con el precio, y válida en abstracto, no se establece un juicio de abusividad en el sentido del control de contenido. b) Y una línea secundaria: esta falta de transparencia y la cláusula que con ella se introduce de rondón en el contrato, en realidad constituyen el vehículo de un desequilibrio contractual abusivo, juzgándolo con razonamientos característicos del control de contenido⁵⁰.

Teniendo todo esto en cuenta, cabe pensar que en esta línea de reconocer autonomía al control de transparencia, sería posible profundizar, y quizá la Sentencia podía haber explorado o aprovechado un poco más ciertas vetas, para extraer todo el potencial a la idea de que el artículo 4. 2 Directiva 13/93 otorga a la claridad una sustantividad propia y una función especial en relación con elemento principal del contrato y control de contenido⁵¹. Nos encontramos más allá del control de incorporación por la especial coloración que tiene la transparencia, y también porque la falta de la claridad que exige el artículo 4. 2 de la Directiva, tiene propia autonomía como «llave» para entrar en el control de contenido. Como dice la Directiva, constatada la falta de claridad, queda abierto el control de contenido, que en otro caso estaría cerrado, sobre el objeto principal del contrato. También por esto estamos más allá del control de incorporación,

y podemos decir ahora que la cláusula es abusiva (como sucede en el derecho alemán y sostiene PERTIÑEZ), pues estamos realizando un singular control de contenido, a causa de un defecto de transparencia, que es la llave que nos ha permitido entrar en esta esfera. La claridad, entonces, en el contexto del artículo 4.2 de la Directiva asume una sustantividad propia, que nos permite desligarla del control de incorporación y vincularla al control de contenido.

En definitiva, cabría redondear lo que la sentencia parece querer decir, completándolo con elementos que la propia sentencia rechaza y otros que maneja a medias. Y aquí entiendo que podía haber sacado partido de la aportación doctrinal que diferencia las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y aquellas otras accesorias⁵², distinción aceptada por la doctrina y la Jurisprudencia española y europea. Cabría decir entonces: estas cláusulas suelen ser en principio válidas en cuanto no hay control sobre el objeto principal, en abstracto, pero en la realidad concreta, a la cláusula le falta algo para poder ser considerada a pleno título objeto principal, y elevarse a la categoría de precio contractual, sigue siendo una cláusula vinculada al mismo pero secundaria, y no consigue elevarse a esa superior categoría porque «las propias entidades les dan un tratamiento impropriamente secundario»⁵³. En esa tensión de la cláusula de plena vinculación o no al precio, el tratamiento por las entidades como secundario, es como el lastre que impide esa elevación y hace caer la cláusula al espacio en que juega el control de contenido.

Pero queda algo por discernir: ¿Qué peculiar control de contenido puede ser este, pues no estamos aquí revisando el equilibrio jurídico del contrato? ¿Cómo juzgar el desequilibrio abusivo, dónde está y cómo apreciar la desproporción, respecto a un objeto que por naturaleza está llamado a ser fijado por las partes, por el mercado? ¿Cómo juzgar si un *precio es desproporcionado*?

En estas mismas preguntas está implícita buena parte de la clave de la solución: la desproporción es considerada respecto a aquel reparto del riesgo que veíamos y al que alude la sentencia; pero también y esencialmente, vinculada a un aspecto a que la Sentencia igualmente se refiere. La desproporción, el desequilibrio, resulta de la diferencia entre lo que pretendidamente *está* en el contrato (y va a ser purgado de él) y lo que *podría estar*, entre el beneficio (para el cliente) que es y el que hubiera podido ser, contemplado este punto en el contexto de una comparación entre las diversas ofertas que en el momento de contratar proporcionaba el mercado. A falta de transparencia, está permitido ajustar el contrato, en este punto de determinación accesorio del precio, a las condiciones por las que un consumidor normal hubiera optado eligiendo entre las diversas posibilidades que el mercado le ofrecía (y en consecuencia, excluyendo el juego de la cláusula); opción que probablemente es a la que se ha extendido su real consentimiento contractual.

Nos queda por dedicar un momento a una cuestión ciertamente polémica, e interesante: la opción por la completa irretroactividad de la Sentencia, y algu-

nas reflexiones que surgen al hilo de esta decisión y su justificación. Tengo la impresión de que en este punto los magistrados han tenido que hilar muy fino, y le habrán dado muchas vueltas a la argumentación de tal solución. Es obvio, se reconoce por los propios magistrados, que motivaciones económicas han intervenido en la decisión, y que hay una amalgama magmática de argumentos en la Sentencia para justificarla, algunos cogidos con alfileres.

Cabe plantear, además, si no debiera haberse abierto el cauce para la reclamación, al menos, digamos, de una restitución simbólica, relativa a los últimos tiempos en que las cláusulas seguían operando siendo ya sospechosas y discutidas en pleito.

Pero el caso es que, tal vez acuciado por la necesidad de sopesar una y otra vez sobre los argumentos para dar razón de la Sentencia, y dejando a un lado el influjo que en esta línea de pensamiento puede haber tenido la necesidad de justificar el concreto asunto resuelto en ella, el profesor ORDUÑA MORENO, que a su vez forma parte de la Sala que sentenció, ha producido un breve pero notable comentario, que interesa sobre todo porque viene a replantear la conveniencia de adaptar un tanto las categorías clásicas que conocemos a esta peculiar esfera y modalidad de la contratación estandarizada, y con condiciones generales, en este caso con consumidores⁵⁴. La ineficacia que juega y se persigue aquí, plantea este autor, la finalidad de pulir, purgar, los efectos indeseados de una actividad contractual peculiar, que se da por buena pero (por los riesgos conexos a la asimetría) hay que vigilar, causaliza las categorías técnicas utilizadas, pues han de operar, más bien, como «criterios delimitadores de la eficacia funcional desplegada por una peculiar pero válida práctica negocial». Se trata, en definitiva, del viejo tema de la adaptación de las categorías clásicas al funcionamiento de este ámbito contractual, que dio lugar a interesantes debates en el seno del Grupo *Nulidad*, de la Universidad de Zaragoza, habiéndose publicado un libro con notables aportaciones de MIQUEL, CARRASCO, CLAVERÍA, etc...⁵⁵ Es un tema difícil, pero quién más, quién menos, reconoce que en este territorio aparecen o es preciso construir peculiares modalidades de nulidad... es una muestra más del juego de la combinación entre los esquemas clásicos del derecho contractual, y las adaptaciones al derecho de la asimetría contractual. El profesor ORDUÑA MORENO plantea en este contexto de ideas una posible modulación de los efectos (en este caso retroactivos) de la nulidad (el esquema de la nulidad radical no jugaría con todas sus características, de manera autónoma y automática)⁵⁶.

Estas ideas nos evocan uno de los problemas en mi opinión peliagudos que plantea la reacción del ordenamiento ante las cláusulas abusivas. No podemos entretenernos en él, lo presentaremos ofreciendo aquí el texto de una reflexión esbozada hace unos años:

«...qué sucederá con aquellas cláusulas predisuestas que pudieran ajustarse al máximo de penalidad permitida en un tiempo, y sin embargo ahora superan el nivel admisible, al haber cambiado la tendencia jurisprudencial y pasarse a considerar

abusivo y nulo lo que antes no era calificado así. Es el único caso en que, por no haber *imputabilidad*, le parece a PERDICES HUETOS⁵⁷ razonable que en la integración entre en juego una reducción conservadora, y aprovechable la distinción, que como criterio orientativo para movernos en la zona gris, cuando se ha marcado la frontera del abuso en un territorio que encierra lo que antes eran inciertos perfiles, sugiere CANARIS (entre otros que justificarían una integración «moderadora»), entre el predisponente de buena fe (o de «mejor fe») y el «malicioso»⁵⁸.

Es preciso, sin embargo, afrontar una delicada tarea de diferenciación: siempre habrá una «primera vez» en que se declare abusiva una cláusula que acaso antes no tuviera tal concepto. El avance en la materia del ajuste contra el abuso, la nueva frontera, se alcanza por la vía de la nulidad, por razones obvias conexas a las peculiaridades del control abstracto y general protector por el ordenamiento. Por el simple hecho de que en un tiempo, ciertas cláusulas no se consideraran nulas, no significa que quienes las hayan establecido, por más que fueran usualmente utilizadas, no deban readaptarlas o sufrir ahora las consecuencias del juicio de abusividad»⁵⁹.

¿Habría que trabajar en una hipotética modalidad de nulidad declarativo-constitutiva, con modulables efectos, en que el Juez declara lo que hay, pero al mismo tiempo revela, por así decir, algo que aún no había «del todo»?

Hay que ser cuidadoso con este punto del trato benévolo a esos predisponentes «abusivos de buena fe»: muchos pretenderían acogerse a este subterfugio, y se reduciría el incentivo para ser prudentes en la redacción de los clausulados. Por otra parte, tampoco es conveniente cegar la creatividad empresarial en la formulación contractual; y qué decir al contemplar que pudo haber predisponentes (en los que se fija GONZÁLEZ CARRASCO) más escrupulosos, que se apresuraron a renegociar o reformular sus contratos al darse cuenta de su presunta abusividad...

A partir de un cierto momento, hay una sospecha de que determinada cláusula que se introduce en el mercado es abusiva; es preciso reaccionar deprisa, el sistema tiene que contar con los mecanismos para detectarla, y proclamar para quien quiera darse por enterado que la cláusula está formando parte del elenco de lo que acaso se anulará y habrá que expulsar. En este sentido interesa revisar las observaciones que hace GOMÁ LANZÓN, en relación con el nuevo Órgano Notarial, que pudiera contribuir a conformar una Comisión, un Órgano administrativo, con participación de las Asociaciones de Consumidores, y expertos en la materia contractual, que periódicamente publicara su informe con la relación de cláusulas a vigilar.

V. ACERCA DE LOS INTERESES MORATORIOS ABUSIVOS

La litigiosidad y consiguiente producción jurisprudencial, la preocupación doctrinal e incluso, como veremos, la intervención legislativa relacionada con

cláusulas de interés moratorio excesivo, es muy significativa hoy día en España (lleva ya unos cuantos años)⁶⁰. Sin embargo, salvo excepciones, parece que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial y curiosamente en las últimas reformas legislativas, no termina de hacerse penetrar, en los razonamientos y en las soluciones, la lógica del control de contenido en la contratación con consumidores con la profundidad con que podría hacerse, a mi modo de ver. La reflexión sigue siendo un tanto epidérmica, superficial, no termina de trabarse una discusión clara y profunda acerca de hasta dónde deberían llevar ciertos argumentos y criterios...

Se ha progresado, sin duda, a nivel doctrinal, y en alguna jurisprudencia, a veces incluso con un tono acaso un tanto exagerado o justiciero⁶¹; pero también hay que reconocer que se han dado pasos que presentándose por algunos como significativos y clarificadores avances, no pasan de ser consecuencias, aún incluso tímidas, de silogismos que podrían haberse explicitado con claridad desde hace mucho tiempo, no constituyen ninguna novedad e incluso, insisto, pecan de insuficiencia. Todo lo cual es prueba más de hasta qué punto, salvo un conjunto muy notable de excepciones en la doctrina, y algún ensayo en la jurisprudencia, la lógica del control de contenido se abre paso lenta y trabajosamente, en un contexto demasiado respetuoso, por decirlo así, con lo que determinados agentes del mercado, como pueden ser entidades de crédito, igual que en otro ámbito empresas de telecomunicaciones, dan por bueno y colocan en sus clausulados, o imponen como práctica.

El pacto de interés moratorio implica una cláusula penal entendida en sentido amplio, es decir en cuanto figura jurídica que incluiría en sí tanto la versión de puro pacto de fijación anticipada de la indemnización, como la versión que consideramos entre nosotros propiamente penal o compulsiva, que permite un *plus* coercitivo para impulsar al cumplimiento.

En derecho alemán, y también en algunos ordenamientos que ven con desfavor la utilización de penalizaciones, como Bélgica, no cabe en la contratación con los consumidores establecer cláusulas penales, en este sentido propio y coercitivo. Esta idea, aunque pueda allí manejarse con amplitud, que permite un pacto indemnizatorio generoso para con el predisponente incluyendo en la práctica cierto margen compulsivo, nos da una idea u orientación que también se ha de tener en cuenta entre nosotros para valorar los intereses moratorios en cláusulas predispuestas con consumidores, por más que en España, la proscripción prevista por la Directiva de aquellas que tengan por objeto o por efecto la imposición al consumidor de una indemnización desproporcionada, haya que interpretarse aceptando que en nuestro derecho sí es posible que el pacto incluya un plus cuantitativo coercitivo; pero ha de quedar ya ineludiblemente calificado, y calificable, como *moderada compulsión*.

Este criterio de moderada compulsión, por otra parte, no es tan difícil de manejar. De entrada, parece que cuando en la cantidad impuesta resalta el elemento

coercitivo sobre aquella parte que cabe encuadrar más o menos generosamente en la porción indemnizatoria, la cláusula habría de anularse por abusiva. Y además, para valorar lo compulsivo, hay que atender a la naturaleza de la relación que une a acreedor y deudor, el ámbito del tráfico económico en que se sitúa su operación, la posición respectiva de cada uno en cuanto a riesgos y garantías, y también, por qué no, la verdadera utilidad práctica que tiene la penalización, y si está equilibrado el balance entre la justificada ventaja que quiere asegurarse el prestamista, y el sacrificio que se ha exigido y que a partir del momento del incumplimiento va a exigirse al deudor a través de la aplicación del interés moratorio. Hay que ver si la presencia de unos intereses moratorios que vayan más allá de lo indemnizatorio, contribuye de modo adecuado a que el acreedor tenga más posibilidades de cobrar lo que le es debido, más allá de colocar al deudor como prisionero del tiempo y víctima de un incremento exponencial innecesario de la cantidad a liquidar; y en concreto para el caso del deudor hipotecario, si su situación con el inmueble gravado, la amenaza de que entre en juego, por más que en una versión razonable, el mecanismo del vencimiento anticipado, y la amenaza, por qué no, de un interés penalizador por demora ajustado, no es suficiente para incentivarle a afrontar los mayores sacrificios para conseguir el cumplimiento de sus obligaciones⁶². En definitiva, el análisis del equilibrio contractual conforme a la buena fe, nos obliga ineludiblemente a un examen profundo de toda la circunstancia, como impone la Directiva 13/93; lo que implica, entre otras cosas, que las soluciones no son plenamente estandarizables, y no pueden ser las mismas para los diferentes tipos y situaciones de préstamo.

En cualquier caso, tanto si se admite solo como pacto indemnizatorio, como si se acepta que incluya una moderada compulsión, es esencial para valorar la cláusula predispueta de intereses moratorios, delimitar el espacio en que desempeña adecuadamente su cometido indemnizatorio. Y parece razonable partir, como punto de referencia y siguiendo a BASOZÁBAL, de la tríada en que se sitúa lo que denomina la «franja indemnizatoria» (interés legal, contractual y de mercado). En principio y en general (aunque no puede ser una regla absoluta), establecer un interés de demora que se sitúe un poco por encima de esta franja, no parece inadecuado⁶³.

Mas da la impresión de que las entidades bancarias, con la anuencia de la jurisprudencia, cada vez más restrictiva, eso sí, pero a paso lento, siguen considerando razonables, en muchos contextos, tasas de interés moratorio exageradas.

Hay quien sostiene con radicalidad que un interés moratorio por encima del remuneratorio, en contextos como el crédito hipotecario, no debiera considerarse aceptable (BALLUGUERA); otros, como MIQUEL, consideran límite general para todo aquel predispueto en un contrato de crédito dos veces y media el interés legal, con una interpretación del artículo 89.7 TR-LCU que no parece en absoluto desdeñable⁶⁴. Acaso una buena manera de establecer un interés moratorio que no pueda juzgarse abusivo ni excesivo, sea preverlo como variable, aplicando

algunos puntos por encima del legal del dinero al tiempo de incumplimiento, o incluso quizá multiplicándolo por dos (límite en que cabe entender que la faceta penal del interés fijado comienza a superar a la indemnizatoria); o fijando la cuantía que resulte menor entre el remuneratorio incrementado en algún punto y el legal multiplicado por dos o también incrementado (atendiendo para juzgar cada caso el nivel de garantías y riesgos de acuerdo al ámbito del préstamo). Como el interés remuneratorio y moratorio tienen sentido distinto, la previsión como moratorio del remuneratorio incrementado (y mucho más multiplicado), tiene riesgo de suponer una indemnización desproporcionada, y será preciso juzgar si en este caso hay que calificar la cláusula como abusiva *ab initio* (por la previsible desproporción que al tiempo de contratar ya anticipaba la multiplicación prevista, por la cuantía ya de por sí elevada del interés remuneratorio pactado que deja escaso o nulo margen a justificar un incremento a título indemnizatorio...), o como simple productora de un efecto excesivo⁶⁵.

Es interesante, para realizar juicios de valor, la relación que se hace en la Cuestión Prejudicial del Juzgado de Marchena (aludida en nota), en su Fundamento de Derecho 4º, núm. 7, de diversas tasas de interés de carácter indemnizatorio/penal, que aparecen en diversas leyes; sirve también lo que se deduce de la normativa de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales como contrapunto para ir calibrando lo que pueden ser unos intereses de indemnización razonables. Y todo ello junto a los ejemplos que he puesto más arriba, que remiten a cuantías intencionadamente mesuradas, nos da una idea de hasta qué punto en la jurisprudencia, durante largo tiempo y aún hoy, tiende a considerar normales cláusulas de interés moratorio exageradas⁶⁶.

En este contexto de reflexión, aparece, en la Ley 1/2013, un tope de tres veces el interés legal del dinero (nuevo art. 114. III LH), que resulta un tanto chocante, en cuanto parece muy generoso con el acreedor, máxime en el contexto a que se aplica del crédito hipotecario (limitándose además el límite al crédito para la adquisición de vivienda habitual) ... Ahora bien, nos estamos refiriendo a topes indicativos máximos; y entiendo perfectamente posible, como manifesté en su día con claridad sobre todo la doctrina belga, que el Juez, atendidas las circunstancias, pueda juzgar que una cláusula, aún dentro del *plafond* legal, resulta abusiva o tiene por efecto una indemnización desproporcionada, que hay que dejar sin efecto; la Ley marca el tope máximo indicativo de hasta donde se puede llegar en no importa qué circunstancia⁶⁷.

Por eso, un efecto indeseado (en mi opinión, que coincide con el parecer de ALFARO), pero que pudiera intentar abrirse paso a través de la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013, es que a la hora de resolver la siguiente cuestión, qué hacer cuando una cláusula de intereses moratorios resulta abusiva, tal disposición pudiera interpretarse como expresión legal de pacto indemnizatorio razonable, una especie de nuevo derecho dispositivo... Sin embargo, hay que entender más bien, siguiendo a la doctrina alemana, que este tipo de normas «establecen únicamente los límites

últimos de la autonomía privada» (ALFARO), y por tanto, no puede el juez que haya declarado la cláusula nula por abusiva, simplemente reducirla al *plafond* legal⁶⁸.

Para terminar, ya por falta de espacio y remitiendo al lector a reflexiones más amplias en los estudios citados, trayendo a colación una Sentencia considerada un hito importante en esta actualidad de que venimos hablando, la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-518-10), y que así quiero contribuir a interpretar, hemos de recordar algo que, desde hace tiempo, no deja de ser obvio: anulada por abusiva una cláusula penal, una cláusula de interés moratorio, lo que procede es prescindir de ella, no aplicarla, y entonces, se sustituirá por la indemnización ordinaria.

Este es entonces el punto a resolver ¿cuál será la indemnización a fijar por el Juez, prescindiendo de la cláusula? Por lo común hoy se entiende que no puede ser sino el interés legal. En general, y teniendo en cuenta el matiz disuasorio que la jurisprudencia europea quiere dar a la aplicación de la normativa, parece solución adecuada. Si bien no es absolutamente incontrovertible, en cuanto cabe al menos plantear para la discusión la aplicación por el Juez del interés remuneratorio (si entendiéramos que «los intereses convenidos» del artículo 1108 del Código Civil no tienen por qué ser necesariamente los pactados como moratorios⁶⁹). En cualquier caso, teniendo como más probable la primera opción, y si damos una cierta interpretación al alcance del pacto de intereses como derecho dispositivo, en un sistema que no admite la indemnización del mayor daño, cabría acaso sostener que hay abierto un espacio indemnizatorio (entre el interés legal y el retributivo) en que puede moverse el Juez, fijando la indemnización, entiendo que justificadamente, y sin que quepa entender esto como moderar, porque nada está moderando ni integrando⁷⁰.

Lo que no podría sostenerse es que el límite de las tres veces (o dos veces y media, en su caso) del interés legal, pueda entrar en este espacio que hemos denominado indemnizatorio, y por tanto no puede ser utilizado a estos efectos por el Juez. Entre muchas consideraciones que cabría hacer al respecto, pensemos que en una cláusula indemnizatoria/penal como son los intereses moratorios, se podrían distinguir en abstracto tres componentes: el estrictamente indemnizatorio; una esfera incierta para compensar molestias, daños de difícil prueba, trastornos que para la empresa supondría que los deudores dejaran de pagar...; y el plus propiamente coercitivo, que además, por lo que vemos en la jurisprudencia, se viene entendiendo como componente más o menos generoso... pues bien, si el máximo legal para una cláusula de este tipo es, digamos, el 12%, incluyendo, en la medida más alta aceptable, la combinación de esos componentes, cuando luego la cláusula viene a sustituirse por la indemnización ordinaria, que solo cubrirá el primer concepto, difícilmente algo del segundo, y en absoluto nada del tercero, parece que, por la fuerza de las cosas, la indemnización ordinaria va a quedar reducida a menos de la mitad...

Fijando por la Ley el tope máximo del modo que aquí entendemos, y manejando la idea de cómo han de articularse indemnización + moderada compulsión

para el consumidor en cláusulas predisuestas, no hay más remedio que considerar que las cláusulas que establezcan un interés por encima de tres veces el legal, del 114. III LH, son abusivas (incluso pueden serlo antes de llegar a tal límite), y no simplemente ilegales, como apunta MARÍN LÓPEZ en una interpretación⁷¹. Para este autor, entre el 12% y el 19% se abriría un espacio en que el interés no es abusivo sino excesivo, y se operaría con la reducción al *plafond* legal. Esta generosidad con el predisponente no se compagina bien con la evolución que en la doctrina europea se viene experimentando en cuanto al juego de los *plafonds* legales (a partir de una primera época, en que, sobre todo en Francia, se entendía como regla general la reducción automática al *plafond*)⁷². La propuesta de MARÍN LÓPEZ se apoya en el análisis de qué tipo de cláusulas vienen considerando abusivas los Tribunales⁷³, y en sostener que el exceso del límite legal no comporta aún indemnización desproporcionada ni abuso manifiesto. Pero acaso hay que proceder al revés, e interpretar lo que vienen haciendo los Jueces con arreglo a otros parámetros y a la indicación legal; y entender que la Ley no establece lo razonable o promedio, sino el máximo hasta donde se puede llegar, avisando además al predisponente, que no podrá argüir que se le fue la mano, que no calculó bien...

Ahora bien, la propuesta de MARÍN LÓPEZ sí pudiera ser útil, como ya se dijo en nota, para casos que hay que entender como un tanto marginales y de carácter casual (por más que luego se presenten con frecuencia), en que, ajustando las cosas *ab initio* de modo morigerado y razonable, la cláusula tiene luego por efecto (no por objeto), un *resultado excesivo*: por ejemplo cuando siendo el interés legal al tiempo de contratar del 4%, y habiéndose establecido un moratorio del 10%, el interés legal al tiempo del incumplimiento ha bajado a 3%: aquí se practicaría, cuando menos, una reducción conservadora, ajustando al 9% (o al 7,5% si considerásemos que el límite que ha de entrar en juego es el de dos veces y media el interés legal).

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Nuestra intención en este ensayo, ha sido sobre todo incitar a la reflexión acerca de hasta qué punto, si se ha entendido necesario instaurar una lógica atenta al contratante débil y a la protección del consumidor, ha de terminar por impactar esta lógica y viene impregnando la construcción del ordenamiento contractual, las soluciones, los mecanismos, los criterios y los modos concretos de razonar. Y poner de relieve que hay camino aún por hacer, tanto en lo que se refiere a allanar y hacer diáfanos las vías para que ciertos silogismos y razonamientos superen los intrincados obstáculos que en la práctica parecen resistir a su implantación, como en lo relativo a sopesar y equilibrar bien las consecuencias novedosas que el impacto de la lógica de la asimetría produce

sobre un entramado normativo y práctico construido ante todo atendiendo a la lógica clásica contractual.

En este tiempo de crisis, y al mismo tiempo de ebullición jurisprudencial, normativa y doctrinal, se dan pasos en pro de una verdadera proscripción del abuso contractual; se introducen reflexiones y argumentos que por fin reflejan, acaso con extraño retraso, hasta dónde pueden penetrar ciertos criterios modulando la idea de formación y eficacia del contrato; se readaptan procedimientos...; pero asimismo, y a veces incluso enmascaradas en innovaciones legales que quieren presentarse como desarrollo de aquel argumento, y buscan a la vez suavizar el rigor de ciertas conclusiones en un tiempo de crisis, pueden introducirse barreras a la expansión natural de aquella lógica, dejando como herencia posterior carencias injustificadas; y es preciso también ser cuidadosos para evitar que en virtud de ciertos anhelos de justicia y equidad, criterios más o menos secundarios pero dignos de consideración, y que han permanecido como encorsetados por largo tiempo, se liberen ahora y en estado salvaje, justiciero, subviertan y desvirtúen el derecho contractual...

Será preciso separar el grano de la paja; pero al mismo tiempo, si se juzga conveniente, no dejar a medio camino y seguir desarrollando esta adaptación a nivel más profundo del derecho a la lógica del ajuste de la asimetría contractual; lo que requiere simultáneamente un impulso en la armonización cara al mercado interior.

Como refleja ORDUÑA MORENO en el sugerente comentario citado a la STS de 9 de mayo (cláusulas suelo), y como se ha planteó en estudios y trabajos como los promovidos en el seno del grupo *Nulidad*, de la Universidad de Zaragoza, es preciso dar respuestas nuevas, un tanto creativas y adaptadas, a una realidad contractual nueva, necesaria y aceptada, pero con tal de que su dinámica no nutra un constante enriquecimiento injustificado de los predisponentes a causa de los «muchos pocos» que sustraen a los adherentes, sin que estos, por falta de conocimiento, tiempo y medios, puedan evitarlo. Este es el desafío que se planteó desde el principio, y sigue vigente ahora.

Es importante que el ordenamiento dé una respuesta acompasada al ritmo con que determinadas cláusulas contractuales, novedosas y que pueden terminar siendo sospechosas, se pergeñan en los gabinetes jurídicos de los profesionales y empresarios, y se ponen en funcionamiento para una pluralidad de contratantes⁷⁴. Este es el reto esencial, tanto para proteger al consumidor como para evitar ciertos sobresaltos ulteriores a las empresas, y que luego hayan de intervenir los jueces como apagafuegos, resolviendo salomónicamente intrincados y difíciles conflictos.

Recuerdo la aseveración de un sabio que alguien una vez me hizo notar: «la vida es una sucesión de malentendidos; hemos de procurar pues que jueguen siempre a nuestro favor». Parece que las indudables dificultades, las dudas e incertidumbres, la lentitud en el proceso, que plantea la adaptación del ordena-

miento contractual y las estructuras institucionales, procedimentales, etc., que con él engarzan, a la lógica de la asimetría contractual, juegan usualmente a favor del predisponente. En esta partida de ajedrez, con el contratante débil como punto de referencia, los equipos jurídicos de las grandes compañías siguen contando de antemano, y dan muestras de confiar en ello, con algunas ventajas; no tanto en el nivel de la formulación de principios y criterios, sino por el aprovechamiento de algunas carencias y contradicciones en la reglamentación positiva; y sobre todo, por las dificultades que revela el ordenamiento a la hora de establecer un sistema coherente y bien perfilado y acabado de remedios preventivos y represivos.

Por todo ello, aun siendo privatistas, es probablemente necesario reconocer y aceptar que un bien trabajado, y serio, sistema de controles y sanciones administrativas, debe ser puesto en funcionamiento, porque el instrumental del derecho privado y tutela judicial es insuficiente a los efectos que se desean. Y en cuanto a esta última, es preciso afinar más, y con decisión, en el ajuste del mecanismo de la acción colectiva, y la diáfana coordinación entre lo que se revela a través de la tutela colectiva y lo que en consecuencia puede pretenderse mediante una reclamación individual (y viceversa). Como indudablemente se trata de una de las claves del asunto, tortuosos obstáculos vienen dificultando que se clarifique y se haga eficaz este sistema, no debiéramos «salir» de esta crisis sin haber solucionado esta cuestión.

NOTAS

¹ Sobre este punto, no me resisto a recordar este luminoso texto de S. LEIBLE: «... La preformulación unilateral del contenido contractual está asociada típicamente al peligro de que las condiciones contractuales se ajusten exclusivamente o excesivamente a los intereses de usuario y que no tengan suficientemente en cuenta los principios de la buena fe del cocontratante. Ello puede conducir a inaceptables disparidades contractuales. Si bien el cocontratante, como sujeto que actúa con autonomía privada, concluye libremente el contrato, no tiene, al contrario del contrato individual, posibilidades o solamente muy limitadas posibilidades de influir sobre el contrato que se le ofrece. Por cierto ello no obedece —como se afirma con frecuencia— a la «inferioridad económica» de la parte cocontratante respectivamente a la «superioridad económica» del usuario de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas contractuales preformuladas con frecuencia son aceptadas sin oposición aun por partes comercialmente expertas, por ejemplo, empresas, aun cuando económicamente son más poderosas que el usuario. Desde el punto de vista económico, por regla general, no les queda otra alternativa. Si no, antes de la concertación de un contrato siempre tendrían que controlar las condiciones generales de contratación de la otra parte, en su caso negociar cláusulas que se apartan y/o dirigirse a la búsqueda de partes cocontratantes con cláusulas más favorables. Pero esto ocasiona costas, que generalmente no están en relación con el monto del negocio concertado. Para quien compra material para la oficina de su empresa sencillamente no le conviene tal proceder. Precisamente esta circunstancia es aprovechada por los usuarios de las condiciones generales de contratación *para trasladar riesgos contractuales al cliente*. Ya la realidad de la unilateral preformulación conduce a una superioridad del usuario de las condiciones generales de contratación y ocasiona una desigualdad contractual. Por ello, un control legislativo de cláusulas contractuales preformuladas no puede servir solamente al objetivo de

la protección de los más débiles partícipes del mercado, por ejemplo, el consumidor, sino, de manera totalmente general, al aseguramiento de la capacidad funcional de un sistema jurídico privado basado en el principio de la autonomía privada». Cfr. LEIBLE, S., «Cláusulas abusivas en el ejemplo de las cláusulas penales contractuales abusivas. Informe de derecho alemán», en el volumen *Cláusulas Abusivas*, I, Col. *Revista de Derecho Comparado*, Buenos Aires, 1999, pág. 101 y sigs., pág. 113-114.

² «Para la coherencia de la doctrina liberal de los contratos, los contratos con condiciones generales han de ser segregados de los contratos en general y tratados en alguna medida de manera diferenciada». Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 30, 2010, pág. 1. El planteamiento general es relativamente fácil de aprehender hoy día, máxime cuando el difícil trabajo de abrir huella en la nieve ha sido ya hecho, y en este sentido hay que aludir a la doctrina y Jurisprudencia alemana que fue formando el *corpus* que sedimentó en la Ley de 1976 (AGB-G). Y entre los estudiosos españoles, sin olvidar al notable conjunto de juristas que han escrito certeramente sobre esta materia, es justo recordar, como referencia en esa tarea de desbroce y ubicación sistemática ajustada, la doctrina de F. DE CASTRO, en varios estudios, entre los que destacaré «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, XIV-II (abril-junio 1961), págs. 295 y sigs., reeditado en Civitas, Madrid, 1975; y casi al final de su vida, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, XXXV-IV, 1982, págs. 987-1085.

³ Cfr. PÉREZ HEREZA, J., «Los mecanismos de protección del consumidor bancario», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 30, marzo-abril 2010. Incluye también unos apuntes acerca de la necesidad de *educar al consumidor*.

⁴ Sobre esta normativa, *vid.* por todos MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, págs. 7 y sigs., 11 y sigs.

⁵ *Vid.* para una primera aproximación, MENDOZA LOSANA, A. I., «Inminente reforma de la Ley General de Defensa de los Consumidores», en *Noticias Consumo*, www.uclm.es/control/cesco; y después el conjunto de comentarios que encontramos en la web de CESCO.

⁶ A menos que lo que se pretenda sea tener un pretexto defensivo, un salvoconducto para «dar por sopesada» la decisión de contratar (un poco al modo en que opera el consentimiento informado en el ámbito sanitario).

⁷ *Vid.* MENDOZA LOSANA, *ibidem*, y con más detalle crítico acerca del proyectado artículo 98.6, en «Observaciones, comentarios y propuestas de mejora del Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007», *CESCO*, 6/2013, págs. 308-328.

⁸ «Las condiciones generales o cláusulas predisuestas no tienen fuerza de ley entre las partes, como para los contratos en general dice el artículo 1091, por la mera adhesión, si no superan un control al que no están sometidos otros contenidos contractuales». Cfr. MIQUEL, «Libertad contractual...» (2010) *cit.*, pág. 2. Aparte de este texto y como desarrollo de lo apuntado en la larga cita de LEIBLE, sobre el significado de la adhesión a las condiciones generales, las exigencias de la buena fe y el fundamento del control de contenido, *vid.* ALFARO, «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación», en MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 82 y sigs.; y MIQUEL, «*ad* artículo 8 LCGC», pág. 437 y sigs., y «*ad* D. A. 1^a. Tres LCGC», pág. 893 y sigs., en los mismos *Comentarios*. Y ténganse en cuenta las consideraciones plasmadas en la STJUE Aziz, de la que hablaremos de inmediato y con anterioridad las Conclusiones de la Abogado General J. KOKOTT, en relación con el mismo asunto.

⁹ Me remito a la jurisprudencia que citaré *infra*, y a la explicación de todo ello en el notable y equilibrado estudio de MARTÍNEZ ESPÍN, P., «El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos», *CESCO*, 6/2013, págs. 79-97, pág. 81.

¹⁰ Esto lo vio y lo reflejó perfectamente DE CASTRO, *ADC*, 1982, *op. cit.*, págs. 1074 y sigs. Muchos problemas plantea, y no podemos detenernos ahora en ellos, la desprotección en que se encuentran autónomos y pequeños empresarios, a los que les está vedado, por ejemplo, el acceso al arbitraje de consumo, y se encuentran particularmente desprotegidos ante cláusulas y prácticas abusivas en sectores como los contratos de servicios de informática y de la sociedad de la información, telefonía, mantenimiento de equipos, suministros, etc...

¹¹ Aunque también son útiles estas listas negra y gris en cuanto indicios para valorar el carácter abusivo. *Vid.* §§ 307 a 310 BGB, y ALBIEZ DORHMANN, K., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, págs. 38 y sigs.

¹² ALBIEZ DORHMANN, K., *ibidem*, *vid.* especialmente págs. 146 y sigs.

¹³ *Vid.* BERCOVITZ, R., *ad* artículo 8 LCGC, en BERCOVITZ, R. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999-2000, págs. 264 y sigs. Para PASQUA LIAÑO, «lo que no ha hecho el legislador lo va a hacer lenta y fragmentariamente la jurisprudencia (...) de la mano del artículo 4.1 del Código Civil: para ello bastará con descubrir que la *ratio* del artículo 10 bis. 2ª de la LCU (82. 1 TRLCU) no se agota en el hecho de la condición «personal» de consumidor, sino que se extiende al proceso de asimetría en la formación del contrato». *Cfr. ad* artículo 9 LCGC, en estos mismos *Comentarios...*, pág. 275 y sigs. Este recurso a la idea de analogía, a ALBIEZ DORHMANN le parece forzado (*op. cit.*, pág. 204 y sigs.), si bien, en mi opinión, la idea es aprovechable. Respecto a la posición de MIQUEL, *cfr. Comentarios*, MENÉNDEZ/DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, págs. 446 y sigs., págs. 463-464. Su pesimismo crítico es compartido por ALBIEZ DORHMANN, quien también acepta las posibilidades del recurso al artículo 1258 del Código Civil. *Cfr. op. cit.*, págs. 208 y sigs., 217-219.

¹⁴ *Vid.* por todos ALBIEZ DORHMANN, *op. cit.*, págs. 34 y sigs. y 208 y sigs., y allí más bibliografía y referencias jurisprudenciales básicas.

¹⁵ *Vid.* las sugerentes consideraciones de ALBIEZ DORHMANN, *op. cit.*, págs. 214-215 y nota 368. Aprecia una «falta de una cultura jurídica en nuestro país en el campo de los contratos de adhesión. A pesar de los numerosos trabajos que ha habido, no es una materia que haya calado entre nuestros juristas prácticos. Siempre me ha sorprendido la falta de litigios sobre condiciones generales (...) Es verdad que algo está cambiando. Pero el nivel de protección que se logra en Alemania es incomparable con la protección que se dispensa en España (...). Basta hacer un estudio comparativo anual de la jurisprudencia alemana con la española para constatar esta realidad» (pág. 214). Y ALFARO, en una de las interesantes discusiones que se suscitan en su blog, afirma: «...El problema es que las cláusulas abusivas no se han litigado lo suficiente y, además, muchos jueces consideraron que un 20% de interés moratorio no era abusivo...». *Cfr.* «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el procedimiento ejecutivo hipotecario español: mucho ruido y pocas nueces», *Blog Derecho Mercantil, Post*, jueves 14 de marzo de 2013.

¹⁶ Hay quien manifiesta cierto temor por los excesos a que pueden conducir algunos razonamientos o la combinación de ciertos argumentos. *Vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., «El control del cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 de mayo 2013 sobre cláusulas suelo», *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 98 y sigs., págs. 113-115. A medio camino, observa este autor, entre lo que pudiera verse como fuego purificador y/o temerse como disolvente de principios y seguridades asentadas, con peligrosa repercusión en ciertos equilibrios económicos (y no es ajena a esta idea la STS de 9 de mayo de 2013, larga exhibición de equilibrios de funambulista...), criterios que habiendo tenido el adecuado cauce de actuación hubieran quizá supuesto un sano límite a los abusos, amenazan hoy con salir del letargo en que han estado como narcotizados, y, mezclándose unos con otros de una manera loca, tomarse una desmesurada revancha. No llegará la sangre al río, pienso, como la Sentencia antes citada parece mostrar.

¹⁷ Actuación del legislador que a veces se muestra ambivalente, como ha explicado, por todos, ROGEL, por cuanto al mismo tiempo que concreta un límite o prohibición contractual, limita también el alcance que pudiera tener en pro del contratante débil la aplicación directa

de los principios por la Jurisprudencia, con lo que a veces puede quedar incluso la duda de si no es el propio legislador quien otorga carta de naturaleza o al menos deja la puerta abierta a auténticos desequilibrios contractuales. Esta consideración está hoy de actualidad en relación con disposiciones como las contenidas por la Ley 1/2013, y las cuestiones prejudiciales a que han dado lugar, y a lo que más adelante aludiremos.

¹⁸ En ocasiones, el problema es de perplejidad, porque las disposiciones legales concretas no están bien compactadas, coordinadas, y/o chocan entre sí, y esos vacíos y contradicciones, procedan o no de una voluntad consciente del legislador, son grietas por las que se escapa el agua y la posibilidad de adoptar decisiones de protección del contratante débil que intuitivamente se antojan convenientes, y que probablemente (pero ya no con plena seguridad), resultarían amparadas por la fuerza de un principio general.

¹⁹ Y la lógica de la asimetría y desequilibrio no puede agotarse en contemplar la cláusula. La STJUE de 13 de marzo de 2013 alude a la conveniencia de examinar los medios de que dispone el consumidor para que cese la cláusula abusiva, para valorar hasta qué punto le perjudica. Aunque MARÍN LÓPEZ no encuentra sentido a esta remisión («pues el carácter abusivo o no de una cláusula no depende del modo en que el derecho nacional prevé su cese»), este inciso de la sentencia aporta un toque de atención, para contemplar la posición relativa de predisponente y adherente en una visión panorámica de los remedios que al contratante débil le ofrece el ordenamiento. Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores?», *CESCO*, 5/2013, págs. 35-43., pág. 40.

²⁰ *Id.* DE CASTRO, en *ADC* (1982) *cit.*, págs. 1081 y sigs.

²¹ En este sentido tiene mucha razón PÉREZ HERESA, *cfr. ibidem*.

²² Pues, se nos dice, su exasperación conllevaría un exceso inasumible de costes, parálisis económica, falta de competitividad en el concierto internacional... Sin embargo, si algo caracteriza también esta crisis, es el aflorar de mucho, quizá demasiado abuso contractual. Y esto nos debe llevar a valorar, en sentido opuesto, si desdibujar un tanto las exigencias de la justicia contractual, sacrificándolas a ciertos postulados de eficiencia económica, merece la pena; o si tomar muy en serio la atención al contratante débil y al consumidor no supondrá en realidad una mejor garantía de crecimiento y crecimiento equilibrado. Se nos dice que el proteccionismo ocasionará costes, que se repercutirán al consumidor; y quién nos dice que no haya de ser mejor tener que asumir, todos, ciertos costes, en vez de esa *ilusión de facilidad* que mucho ha tenido que ver, en mi opinión, con la génesis y características de la crisis actual.

²³ Tal constatación engarza con aquellos claroscuros a que alude ROGEL VIDE, C., «Claroscuros del derecho del consumo. Algunos botones de muestra», *Obligaciones y contratos. Cuestiones actuales*, Madrid, Reus, 2013, págs. 295 y sigs.

²⁴ A este aspecto se refiere también ROGEL, *op. cit.*, págs. 314-315; y remite al completo estudio y bibliografía que ofrece ALFONSO VELÁSQUEZ, O., *El contrato de servicio telefónico*, Madrid, Reus, 2013.

²⁵ La literatura a que ha dado lugar es muy amplia. Para seguir el detalle, en síntesis y en los aspectos que a nosotros aquí conciernen, aconsejo entre tanto material, dos buenos estudios, uno inmediatamente posterior a la Sentencia: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales», *CESCO (on line)*, 5/2013, pág. 6 y ss; y otro realizado más adelante, y ya tras las modificaciones introducidas por la Ley 1/2013, que trató de plasmar legislativamente las exigencias de la Sentencia: BLANCO GARCÍA, A. I., «Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», *CESCO (on line)*, 7/2013, págs. 195 y sigs.

²⁶ Cfr. PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dir. por BERCOVITZ, Aranzadi, Navarra, 1999-2000, págs. 779 y sigs. y pág. 871.

²⁷ Aunque PASQUAU LIAÑO había aceptado, junto con otros autores, que el Registrador también denegaría la inscripción cuando la cláusula resultara «objetivamente abusiva» por su cotejo con la lista legal, aunque no existiera Sentencia inscrita en el Registro *ad hoc*. «En los demás casos, difícilmente puede entrar a calificar sin invadir funciones jurisdiccionales».

²⁸ Si bien no deja de ser una nulidad peculiar. «Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone». *Vid.* STJUE de 4 de junio de 2009 (caso Pannon, C243/08), y MIQUEL GONZÁLEZ, «Libertad contractual,...», *cit. El Notario del Siglo XXI*, www.elnotario.com, núm. 30, 2010.

²⁹ *Vid.* entre las primeras resoluciones, STJUE, de 27 de junio de 2000, caso Océano y Salvat, C-240 a 244/98, núm. 28; después, la citada de 4 de junio de 2009; y ya entre las recientes, STJUE 14 de junio de 2012, caso Banco Español de Crédito, C-618/10).

³⁰ La Ley 1/2013, al modificar el artículo 552 LEC, recoge esta posibilidad para el juicio ejecutivo, aunque no hay Sentencia del TJUE que se haya ocupado específicamente de este asunto.

³¹ Quedan además a disposición de quien pretende la inscripción los correspondientes recursos, que pueden abocar a una decisión definitiva de carácter judicial; y frente a la idea del relativo *impasse* que supone atender a la decisión del Registrador y el temor de que en ocasiones alguno se exceda en la rigidez de su apreciación, hay que entender compensados con creces estos inconvenientes, con el beneficio de una mayor seguridad en la correcta conformación del título ejecutivo.

³² «La Resolución de 24 de julio de 2008, que se presentaba como el referente y culminación de la expuesta doctrina de la DGRN, fue anulada por Sentencia de la AP de Tarragona de 1 de abril de 2011». Cfr. VÁZQUEZ DE CASTRO, «La función preventiva de los registradores contra las cláusulas abusivas», 2013, recogido en www.notariosyregistradores.com. Ahora bien, recientemente, y no sin un punto de ambigüedad, la STS 538/2011 de 13 de septiembre de 2013 ha casado dicha Sentencia de Audiencia, pero considerando al mismo tiempo como opción interpretativa más adecuada la posteriormente seguida por la DGRN, a la que aludiremos inmediatamente en el texto, tomando el TS como referencia la RDGRN de 16 de agosto de 2011.

³³ Para examinar en general toda esta temática, incluyendo la evolución del pensamiento de CARRASCO PERERA, *vid.* MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección...* *cit.*, págs. 151 y sigs. Y junto a la Resolución citada en el texto, *vid.* el resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, con reseña de otras varias, que ofrece la Resolución de 13 de septiembre de 2013 (ambas pueden consultarse en www.notariosyregistradores.com).

³⁴ En el texto lo planteo como hipótesis, como provocación, aunque pueda parecer otra cosa, y aprovecho ahora para aclararlo. Cfr. DE CASTRO VÍTORES, *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, Dykinson, Madrid, 2009, págs. 171-173.

³⁵ *Vid.* las interesantes consideraciones que hacen BLANCO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 210-211, y GOMÁ LANZÓN, «Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas», *El Notario del Siglo XXI*, viernes 7 de febrero de 2013 (www.elnotario.es), alrededor del nuevo Órgano notarial de cláusulas abusivas, puesta en marcha por el Consejo General del Notariado. Y en general sobre estos temas, *vid.* MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., *Control notarial de la legalidad*, Civitas, Madrid, 2010.

³⁶ Es interesante la doctrina que incluye la STJUE respecto a la valoración de las cláusulas de vencimiento anticipado. Aunque el legislador se ha apresurado a suavizar el rigor con que se concebía su funcionamiento (con un automatismo en mi opinión ajeno a la lógica del control de contenido), estableciendo la necesidad del impago de tres cuotas mensuales (o equivalente) para que pueda operar en la deuda hipotecaria, se trata de un marco mínimo, pero luego hay que analizar caso por caso, con sentido de proporcionalidad al incumpliendo acaecido, en relación con la duración de la relación, las cantidades que ya se han ido satisfaciendo y quedan por devolver, la garantía de la posición del acreedor y la situación del deudor... *Vid.* en este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO, «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación...», CESCO (*on line*) 5/2013, *cit.*, pág. 16 y sigs.; y ALFARO, «La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un Juez de Santander», *post* 30 de noviembre de 2013, derechomercantiles.ana.blogspot.com.

³⁷ *Vid.* arts 552 y 695 LEC, y 129. 2. f de la Ley Hipotecaria.

³⁸ Un primer ajuste lo ha proporcionado la Ley 8/2013, que ha ampliado un poco el brevísimo plazo de alegaciones que inicialmente se había establecido, dejándolo en quince días tras la citación; luego, el Juez decidirá en dos días lo que proceda.

³⁹ Razones de fondo relacionadas con un particular momento en la historia de la competencia entre entidades financieras y ofertas de crédito hipotecario a los clientes; y ulteriormente, con un tiempo de dificultad en los balances...; habría que pensar cuál habría sido la decisión en una época de bonanza...; aunque como razona la propia Sentencia, que en esto no engaña, está aplicando el derecho (habría que ver si es posible llegar hasta ese punto) también a la vista de la difícil circunstancia. Las Sentencias de Audiencias que se han ido dictando después, reflejan esta anfibiaología de la STS 9 de mayo y las diversas interpretaciones y consecuencias que en ella pueden fundamentarse cara al futuro. *Vid.* AGÜERO ORTIZ, A., «Relevancia del carácter colectivo o individual de las acciones de nulidad de las cláusulas suelo sobre la retroactividad de sus efectos», *CESCO, Notas Jurisprudenciales*, 16 de septiembre de 2013.

⁴⁰ Así se expresa inicialmente ALFARO, en su *post* del 10 de mayo de 2013; si bien después, sus comentarios en el blog han ido elevando el tono de la crítica.

⁴¹ Por eso, alguno de sus críticos más caracterizados, parecen estar preparando el argumentario para un recurso de inconstitucionalidad. *Vid.* CARRASCO PERERA y GONZÁLEZ CARRASCO, «La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva», *CESCO (on line)* 7/2013, págs. 126 y sigs., y allí más referencias y comentarios. Habrá que estar pues atentos a la evolución posterior, se trata solo de una Sentencia, hay que seguir revisando la actuación de la jurisprudencia menor, si hay reiteradas sentencias del TS, y el eventual pronunciamiento futuro del TC; la Ley 1/2013 trata de resolver la cuestión en el artículo 6 («Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios»), que exige la expresión manuscrita «en los términos que determine el Banco de España», por la que el prestatario manifieste que ha sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato... Esperemos que el sistema que se establezca sea útil... Cara a contratos futuros, por la propia fuerza de las cosas, vinculada también a nuevas reglas de transparencia bancaria, a la información que tiene hoy el cuerpo social acerca de estas determinaciones del precio, la evolución de la economía y el cuidado que se supone pondrán las entidades financieras en negociar y renegociar, aclarar y poner de manifiesto estas cláusulas de manera que *impacten* en el ánimo de quien va a contratar, cabe pronosticar que seguramente la situación va a cambiar. *Vid.* respecto al *impacto* de que hablamos, la breve explicación de CÁMARA LAPUENTE, acerca de la expresión *prominent* sugerida en una reforma propuesta por la *Law Commision*, «El control de cláusulas abusivas sobre el precio...», *cit.*, *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 98 y sigs., pág. 104 y nota 13.

⁴² Que tiene mucho que ver con la idea de cláusula sorprendente, que desemboca en Alemania en considerar que la infracción del llamado *transparenzgebot* (deber de transparencia) convierte la cláusula en abusiva y, por tanto, tiene las mismas consecuencias del control de contenido, lo que no parece, hasta la fecha, haberse adoptado o desarrollado sino solo muy tímidamente en el derecho español. *Cfr.* CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 105. En la doctrina, lo ha sostenido, con argumentos no desdeñables (según el autor citado), PERTÍNEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Aranzadi, 2004. Según la interpretación dominante, este tipo de cláusulas quedaría en su caso fuera del contrato por no superar el control de incorporación. El planteamiento de PERTÍNEZ VILCHEZ (y de la STS) no convence en absoluto a CARRASCO PERERA.

⁴³ *Cfr.* artículo 4. 2 Directiva. 13/93... «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». *Vid.* las sugerentes explicaciones sobre posibles ajustes o modulaciones legislativas de este precepto, para determinados ámbitos o tipos de cláusulas, de CÁMARA LAPUENTE, *op. cit.*, págs. 104-105.

⁴⁴ Aconsejo sobre este punto, una vez más, la lectura del notable estudio citado de CÁMARA LAPUENTE, «El control de cláusulas abusivas sobre el precio...», *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 98 y sigs., y allí más referencias, del mismo autor y de otros.

⁴⁵ El TS hace un elenco de los signos de falta de la suficiente transparencia (seis motivos, situados también en el apartado Séptimo del Fallo), aclarando en un Auto de 3 de junio de 2013 que no se trata de una lista exhaustiva, y que lo esencial es que la combinación de varios

o todos estos parámetros (u otros semejantes), permitan hacer un juicio relativamente abstracto de falta de transparencia, respecto a las cláusulas empleadas en el caso por las entidades enjuiciadas; juicio, por tanto, que puede extenderse, a los efectos de la decisión tomada por la Sentencia, si a esos datos generalizables que el Tribunal recaba no puede oponer el banco la demostración cumplida de haber informado en especial concretamente al/los cliente/s. Sin que el resultado insustituible del «perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato» pueda «anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real».

⁴⁶ Porque queda también sobrevolando el asunto la idea de que muchos clientes en concreto probablemente sí eran conscientes de la repercusión de la cláusula, al menos en determinados contextos.

⁴⁷ Vid. HERNÁNDEZ GUARCH, C., «La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de irretroactividad de las cantidades abonadas», *CESCO (on line)*, 6/2013, págs. 134 y sigs.

⁴⁸ Cfr. SAP de Madrid de 26 de junio de 2013, y los *post* de ALFARO, en *derechomercantilespana.blogspot.com*, de 25 de junio, y 24 de septiembre y 19 de noviembre de 2013.

⁴⁹ Aunque ALFARO considera imposible este juicio abstracto, igual que GONZÁLEZ CARRASCO («Requisitos de validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 4 de mayo de 2013», *CESCO, (on line)*, 6/13, págs. 116 y sigs.). Según el primero, la STS debía haber desestimado el recurso, y limitarse a marcar los criterios útiles para orientar la discusión acerca de la transparencia en los juicios individuales, en cuyo contexto cabe decidir la restitución, quedando la duda de si juega alguna presunción a favor del cliente al organizarse la carga de la prueba de la transparencia (ALFARO entiende que no). Pero la STS quiere positivamente *cerrar* cualquier discusión sobre la restitución una vez *concedido* el juicio abstracto y la cesación. Por mi parte, no estoy tan seguro de que sea imposible plantear el valor de un juicio abstracto de falta de transparencia, con limitados efectos, entendiendo que mientras no haya prueba suficiente de lo contrario (de modo semejante a como pasa con el carácter no negociado de una cláusula), el conjunto de elementos de valoración que se tiene (la formulación de la cláusula, su colocación en una prolija documentación, etc.), puede permitir juzgar en abstracto que merecen ser en conjunto eliminadas.

⁵⁰ Se refleja así de algún modo en la Sentencia, la mixtificación del control de transparencia con el control de contenido, aunque muchas veces no termina de quedar claro si el carácter abusivo estriba solo y consiste, sin ir más allá, en la propia falta de transparencia (así parece resultar de muchas afirmaciones), o de un peculiar control de contenido derivado de aquella carencia. La STS contiene afirmaciones como que la superación del control de incorporación «es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente» (cfr. nn. 211 y 215). Y en nn. 251 y sigs. hace una serie de consideraciones acerca de desequilibrio contractual contrario a la buena fe. Indica que para juzgar el equilibrio de las cláusulas suelo es preciso valorar el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos (en el caso, el tipo mínimo). Y resulta que la cláusula da cobertura exclusivamente a riesgos para el banco, sin que haya esa misma protección real para el consumidor, frustrándose sus expectativas. *Ergo* hay desequilibrio contractual abusivo. Cfr. especialmente nn. 263-264. Más consideraciones cabría hacer conectando el equilibrio de la cláusula suelo con la posición diversa de las partes en cuanto al control del tiempo, de la evolución de los tipos, etc.

⁵¹ Requiere interpretar el texto del artículo 4.2 de la Directiva entendiendo que sus exigencias van más allá de una simple alusión a la claridad literaria y corrección gramatical en la redacción de una cláusula. En esta faceta de la especificidad del control de transparencia insiste, de una u otra forma, la Sentencia: cfr. núm. 197 y núms. 204 y sigs. Este filtro específico «incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». Vid. núm. 215.

⁵² La distinción entre cláusulas definitorias y cláusulas accesorias o secundarias está aceptada por doctrina y jurisprudencia española y europea. El Informe de la Comisión de 27 de abril de 2000 diferencia entre las cláusulas relativas al precio y otras por las que se estipula

el método de cálculo o las modalidades de modificación del mismo, que entrarían en el ámbito de aplicación de la Directiva. La STS que comentamos, aunque alude a estas opciones conceptuales, rechaza estas distinciones y define las cláusulas directamente como precio del contrato, lo que va en línea con el primer orden de pensamiento que hemos identificado.

⁵³ «Lo que incide en la falta de claridad de la cláusula al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato» (cfr. STS, núm. 221, y también 274). A lo que añado yo, no solo incide en la falta de claridad, sino que, al desligarse por causa de esa consideración secundaria del carácter de definitoria del precio, pasa a caer en los dominios del control del contenido.

⁵⁴ Vid. ORDUÑA MORENO, «Consecuencias de la nulidad parcial de la cláusula suelo. Integración del contrato: ineficacia parcial y modulación del efecto retroactivo», 11 de octubre de 2013, consultado en www.legaltoday.com.

⁵⁵ Los contenidos están también disponibles *on line*, *vid.* por ejemplo, y comparar, MIQUEL, «La nulidad de las condiciones generales», y CLAVERÍA, «Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato», en *Coloquio 2006 Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos, blog Nulidad* (Unizar).

⁵⁶ La propia STJUE de 21 de marzo 2013, explica ORDUÑA, «a través del criterio de seguridad jurídica permite, en última instancia, dicha moderación mediante los criterios de buena fe y el riesgo de trastornos graves (orden público económico)».

⁵⁷ Cfr. PERDICES HUETOS, *ad. art. 10 LCGC, Comentarios*, MENÉNDEZ-DÍEZ PICAZO *cit.*, págs. 540-541.

⁵⁸ Cfr. CANARIS C. W., «*Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*», *Festschrift Steindorf*, Berlin-New York, 1990, pág. 519 y sigs., págs. 557 y sigs.

⁵⁹ Cfr. DE CASTRO VITORES, *La cláusula penal...*, *cit.*, pág. 168.

⁶⁰ Para confrontar con el texto, en relación con este tema, y entre tanta bibliografía hoy a disposición, aconsejo inicialmente la consulta de algunos materiales: el reciente post de ALFARO ÁGUILA-REAL, «La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un juez de Santander» (derechomercantiles.ana.blogspot.com, 30 de noviembre de 2013), que interesa comparar con MARÍN LÓPEZ, M. J., «Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III LH y la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 17/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE», *CESCO (on line)*, 7/2013, págs. 185 y sigs.; los textos de las cuestiones prejudiciales presentadas por el J. 1.ª Instancia de Marchena de 16 de agosto de 2013, y el J. 1.ª Instancia núm. 2 de Santander el 19 de noviembre de 2013. Y también, para hacernos una idea de la situación, las *Conclusiones de la jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias*, organizada por el CGPJ en Madrid el 8 de mayo de 2013 (también disponible *on line*). Con más amplitud, *vid.* DE CASTRO VITORES, *La cláusula penal*, *cit.*, págs. 173 y ss, y confrontar con la monografía, muy útil para tener una visión amplia de la evolución en esta materia, de MÚRTULA LAFUENTE, V., *La protección frente a cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Reus, Madrid, 2012, espec. págs. 243 y sigs.

⁶¹ A pesar de que tal reproche pudiera hacersele, no deja de ser muy sugerente y un ejemplo de provocación útil para el auténtico debate, el trabajo desarrollado por el Registrador de la Propiedad C. BALLUGUERA, que se refleja en sus numerosas aportaciones acerca de estas materias en www.notariosyregistradores.com. Es indudable también, a un nivel distinto, erudito y sabio, a la vez valiente y equilibrado, el valor de las aportaciones de MIQUEL, y de las siempre agudas observaciones de CLAVERÍA. Y es referencia ineludible para testar la actualidad y confrontar y valorar razones y argumentos, el conjunto de estudios, de diferente orientación, que se recogen en los últimos números de la revista *CESCO de Derecho de Consumo*, dirigida por A. CARRASCO PERERA.

⁶² Hay que tener en cuenta, por qué no, como una circunstancia más, la actitud subjetiva del deudor, las razones de su incumplimiento y las posibilidades que tiene de satisfacer la deuda... Estos miramientos, que no se justificarían acaso en otros ámbitos de la contratación (aunque siempre tenemos ahí la regla del Código Civil, de moderación de la indemnización

en caso de buena fe), sí son pertinentes porque nos hallamos en el análisis del contenido y de los efectos de contratos predispuestos con consumidores; actualmente, la normativa que ha ido surgiendo en relación con deudores hipotecarios en dificultades, sí tiene en cuenta, para aliviar su situación, estas circunstancias subjetivas (que por otra parte, en lo relativo a su futura solvencia, hubieran debido ser examinadas y tenidas en cuenta por las entidades financieras con mayor cuidado...); da la impresión de que algunas consideraciones que debieran entrar en juego, sin más, por la aplicación de los criterios ordinarios cuando se verifica el juicio acerca del alcance y validez del vínculo contractual asumido por el consumidor, al menos en determinados ámbitos, como puede ser el deudor hipotecario para vivienda habitual, se introducen ahora como derecho especial, o aún excepcional, vinculadas a una calificación del deudor en precaria situación económica (riesgo de exclusión). Tanto en la aplicación de los criterios ordinarios y generales como en la valoración y efectos de las situaciones especiales, aun habiendo existido una interesante evolución, sigue habiendo margen de mejora y echándose en falta mayor coherencia y audacia.

⁶³ «Parece razonable que si el interés moratorio inferior al interés legal, contractual o de mercado incentiva el incumplimiento (con independencia de que en algún punto por encima del coste de refinanciación haya dejado de ser estrictamente indemnizatorio) esta triple referencia sirva para delimitar el ámbito en que aquel cumple una función indemnizatoria». Más allá, habrá que presumir su función punitiva, y si el interés moratorio pactado se sitúa por encima de estos valores, no podrá ser predispuesto, por abusivo. Cfr. BASOZÁBAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 91 y 101.

⁶⁴ Vid. el post «Intereses moratorios en cláusulas predispuestas», en el blog de ALFARO ÁGUILA-REAL *Derecho mercantil* (derechomercantilespana.blogspot.com.es, lunes 8 de abril de 2013), con referencia a la doctrina expuesta por MIQUEL en los *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigidos por S. CÁMARA LAPUENTE, Colex, Madrid, 2011 (*ad art. 83 TRLCU*, págs. 764-765), obra monumental que aconsejamos desde estas páginas.

⁶⁵ Quizá en este último caso es cuando puede tener sentido algún argumento de MARÍN LÓPEZ, al que aludiremos a continuación, en el sentido de una reducción conservadora (reducción al *plafond* legal), entendiendo que la cláusula no tiene por objeto, pero sí por efecto, una indemnización excesiva. Tomando el ejemplo de la norma establecida por la Ley 1/2013, y partiendo de un interés remuneratorio modesto, cercano al interés legal, puede parecer razonable una cláusula de interés moratorio que supusiera su multiplicación (ej. interés retributivo del 5%, estando el legal al 4%, y prevemos como moratorio el 10%, que a su vez está por debajo del legal multiplicado por 3). Si luego, al tiempo del incumplimiento, el interés legal hubiera evolucionado y estuviera en el 3%, cabe pensar que aquel interés moratorio no es abusivo, pero sí tiene un efecto excesivo, y se reduciría al *plafond* vigente del 9%. A la inversa, si el interés remuneratorio hubiera sido del 10%, su multiplicación, e incluso el incremento en varios puntos para fijar el moratorio, puede fácilmente situarnos en el territorio de lo abusivo, este es (este debiera ser, y debiera haber sido, desde hace tiempo) el riesgo de jugar con ciertos intereses remuneratorios, y ciertas multiplicaciones o incrementos, como parámetro en la práctica para la construcción del interés moratorio. Pero, como vemos, este espacio en que es posible una reducción conservadora (y lo acepta incluso PERDICES HUETOS, *op. cit. infra*), por más que pueda ser un tanto frecuente, hay que concebirlo y valorarlo como casual y marginal.

⁶⁶ Vid. MÚRTULA LAFUENTE, *op. cit.*, págs. 243 y sigs. Y es significativo de la mentalidad imperante que, como medida urgente y para atender a deudores hipotecarios en riesgo de exclusión y en determinadas condiciones, legislativamente el RDL 6/2012 impuso como moderación del interés moratorio (*sic*), el límite (eso sí, máximo) de sumar el 2.5 % (ahora se ha reducido al 2% en la Ley 1/2013), al interés remuneratorio, a aplicar a todo el capital pendiente del préstamo.

⁶⁷ Coincide con esta interpretación ALFARO, post citado de 30 de noviembre de 2013, con referencia a la STJUE de 21 de marzo de 2013, y Conclusiones de la Abogado General Trstenjak de 13 de septiembre de 2012, en especial nota 25.

⁶⁸ Vid. también PERDICES HUETOS, *ad* artículo 10 LCGC, en MENÉNDEZ/DÍEZ PICAZO (Dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, págs. 519 y sigs., espec. págs. 536 y sigs., y más referencias en mi libro *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 164 y 167-168.

⁶⁹ El interés remuneratorio pudiera tenerse en cuenta si es parejo al de mercado y se acepta el argumento (un tanto especioso) de que el incumplimiento «no ha de ser un buen negocio para el deudor». En Alemania, sin embargo, no se ha admitido, por entender que aplicar el pacto remuneratorio, libre, puede abocarnos a aplicar ahora a quien no lo había consentido específicamente un interés que se halle hoy muy por encima del de mercado o el legal actual.

⁷⁰ Me remito, sobre estos puntos, a las reflexiones que realicé en *La cláusula penal...*, *op. cit.*, págs. 177 y sigs.

⁷¹ Cfr. MARIN LÓPEZ, «Los intereses moratorios...», *op. cit.*, págs. 191-193.

⁷² Aún entonces, la doctrina entendía en Francia que atendidas las circunstancias el Juez podía reducir por debajo del *plafond*.

⁷³ Que en la práctica y en la jurisprudencia se venga tratando con complacencia indiscriminadamente cláusulas de alrededor del 20% en relación con consumidores en contratos predisuestos (la Cuestión prejudicial del J. 1^a I. de Marchena inicia el argumento considerando *prima facie* aceptable un interés moratorio del 19%, FD 4^o) es muestra del estado de ideas que venimos denunciando, y de la necesidad de una nueva reflexión.

⁷⁴ En este sentido, invito a la reflexión acerca de la pertinencia de iniciativas y esquemas de actuación como el que plantea GOMÁ LANZÓN, «Reflexiones a propósito del órgano notarial de control de cláusulas abusivas», *El Notario del Siglo XXI*, viernes 7 de febrero de 2013 (www.elnotario.es).

*(Trabajo recibido el 26-03-2014 y aceptado
para su publicación el 21-04-2014)*

El cumplimiento de las obligaciones
por el representante voluntario: notas
para una revisión de su concepción
dogmática

*The fulfillment of obligations by the
voluntary representative: notes for a
review of its dogmatic conception*

por

JORGE LUIS ORDELIN FONT*
Profesor Asistente de Derecho Civil
Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente
Notario

«Es este un problema que muy pocas veces se ha planteado en nuestra doctrina de una manera frontal, dándose por supuesta la solución que sobreentiende que es evidente y muy clara. Sin embargo, no es así, como acontece con frecuencia en Derecho con todas las cosas que son aparentemente claras».

Luis Díez-PICAZO

* Profesor Asistente de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente. Santiago de Cuba. Ave. Patricio Lumumba s/n, Santiago de Cuba, Cuba, CP. 90500. Notario público con competencia en la provincia Santiago de Cuba. Especialista en Derecho Civil y Familia. Cursa Maestría en Derecho Civil por la Universidad de La Habana. Doctorando en Ciencias Jurídicas en programa Doctorado Tutelar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

RESUMEN: El presente trabajo constituye una revisión de los fundamentos que tradicionalmente han concebido por la doctrina que el cumplimiento de la obligación realizado por el representante es cómo si lo hubiera realizado el propio deudor. Sin embargo hoy, la doctrina civil debe replantearse tal aseveración partiendo de la determinación de los presupuestos de la representación voluntaria y el propio cumplimiento de las obligaciones; teniendo en consideración las múltiples teorías que en relación a ambas categorías se han esgrimido. Aunque se pretenda justificar como una *factio iuris*, lo cierto es que concebir el cumplimiento del representante como el realizado por el propio deudor, tanto por la legislación y la doctrina, resulta improcedente. Esta concepción entra en franca contradicción con la concepción del régimen de responsabilidad entre el actuar del representante y el actuar del deudor.

ABSTRACT: *This paper is a review of the fundamentals that have traditionally conceived by the doctrine that the fulfillment of the obligation undertaken by the representative is how if I had done the debtor. But today, the civil doctrine should rethink that assertion based on the determination of the budgets of agency and self- fulfillment of obligations; taking into account the multiple theories relating to both categories have been raised. Although attempts to justify as a legal fiction, the truth is that conceiving compliance rep as performed by the debtor himself, both by law and doctrine, is inappropriate. This design comes in clear contradiction with the conception of the liability regime between acting and acting representative of the debtor.*

PALABRAS CLAVES: Cumplimiento de las obligaciones. Representante voluntario. Tercero. Deudor.

KEY WORDS: *Fulfillment of obligations. Voluntary representative. Third debtor*

SUMARIO: I. LÍMITES PARA UNA CONCEPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.— II. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: PUNTOS COINCIDENTES: II.1 EL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO. II.2 EL *ANIMUS SOLVENDI* COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. II.3 EL *ANIMUS SOLVENDI* DEL REPRESENTANTE EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: II.3.A) *La buena fe, la diligencia y los deberes accesorios del representante.* II.3.B) *Buscando un límite entre el actuar del representante y el representado en el cumplimiento de la obligación: las instrucciones.*—III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TERCERO EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y EL ACTUAR DEL REPRESENTANTE VOLUNTARIO: ¿ES EL REPRESENTANTE UN TERCERO?— IV. CONCLUSIONES.— V. BIBLIOGRAFÍA

La representación voluntaria constituye un medio del Derecho puesto en función del desarrollo del hombre y del progreso económico. La intervención de un representante en el cumplimiento de las obligaciones es totalmente factible, siempre que este cumplimiento, como objeto de la relación representativa, reúna los requisitos de idoneidad, vista como posibilidad de los servicios de gestión encomendados, licitud y determinación (DÍEZ PICAZO, 1979, págs. 81 y sigs.) Históricamente la doctrina y la legislación han aceptado, sin vacilar, el axioma de que el cumplimiento de la obligación realizado por el representante es cómo si lo hubiera realizado el propio deudor. Sin embargo, al adentrarnos en este fenómeno nos percatamos que tal aseveración no resulta del todo tan cierta, sino que en su interior, se desenvuelven una serie de contradicciones propias de dos fenómenos jurídicos tan polémicos como son la representación voluntaria y el cumplimiento de las obligaciones.

En virtud de ello, el presente trabajo pretende exponer algunos de los principales fundamentos que demuestran la inviabilidad de esta aseveración, partiendo de la determinación de los presupuestos de la representación voluntaria y el propio cumplimiento de las obligaciones; teniendo en consideración las múltiples teorías que en relación a ambas categorías se han esgrimido. Todo ello resulta necesario, no solo porque analizado el mismo fenómeno desde otros presupuestos es lógico que no se llegue a las mismas conclusiones, sino también, porque la propia concepción del cumplimiento de las obligaciones por el representante no se ha analizado en consonancia con las propias revisiones que actualmente se imponen en el tema de la representación voluntaria en la doctrina más moderna, la cual ve hoy replanteada sus principales fundamentos¹.

I. LÍMITES PARA UNA CONCEPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Aunque pareciese una cuestión superada en la doctrina moderna, todavía es objeto de disquisición si la representación solo es posible cuando esta se realiza en nombre ajeno y por ende, solo la representación directa es verdadera y propia; y si la representación indirecta puede quedar contemplada también dentro de este concepto. En el primer grupo, es válido mencionar, como sus más fervientes defensores MOSSET ITURRASPE, LORENZETTI, BUERES, MAYO², posición que ha trascendido a la propia concepción que sobre la figura esgrime el *Anteproyecto del Código Civil argentino de 2012*³. Por su parte para el segundo grupo el concepto de representación sustenta el objeto de la misma, no en la actuación a nombre de otra persona, sino en la posibilidad de que una persona —representante— actúe con efectos en la esfera jurídica de otra persona, léase representado, ya sea por la cooperación en el hecho jurídico ajeno como defiende DÍEZ PICAZO o en la sustitución del representado.

Como elementos definitorios de este concepto de representación podemos establecer los siguientes:

- El modo mediante el cual se desarrolla esta actuación es intrascendente a la representación, pudiendo los efectos de la misma producirse de forma directa o indirecta. Siendo solo trascendente el carácter ajeno del negocio y del interés manifestado en el mismo. No es esencial a la representación la *contemplatio domini* puesto que la esencia de la misma no es que el acto haya sido realizado en nombre de otro, sino que tenga eficacia para otro.
- En la base de toda situación representativa hay siempre una relación de gestión. Esta es la relación desencadenante de la representación, que se diferencia de la relación representativa como conjunto de derechos y de deberes que entre dos personas surgen por el hecho de que una de ellas esté actuando como representante de otra. Una es el negocio y otra la relación jurídica negocial.
- La causa de la mencionada relación se encuentra en la confianza que el gestor le merece al principal o *dominus negotii*, así como que dicha relación se funda en un evidente carácter *intuitu personae*.
- No se limita a la teoría general del negocio jurídico, sino que comprende toda clase de actos jurídicos, incluidos los no negociales.

Si para el primer grupo, el poder se ostenta a partir de la autorización para actuar a nombre de otra persona, con la revisión de estos postulados clásicos, DIEZ PICAZO lo define como la «situación jurídica de que es investido o en que es colocado el representante y que le permite o le faculta para actuar en la esfera jurídica ajena» (DÍEZ PICAZO, 1979, pág. 125).

Solo visto desde esta perspectiva, es posible concebir que la representación indirecta es también representación propia. En consecuencia, no resulta congruente que se fundamente el hecho de obrar por cuenta ajena en una relación como el apoderamiento unilateral y recepticio, el que solo encuentra su concreción en la representación directa. Se hace entonces necesario buscar un elemento común, sobre el cual se sustenten ambos modos de llevar a cabo la representación, y este no es más que el interés ajeno y la relación de gestión, presente tanto en el tipo directo como en el indirecto.

A su vez, la identificación del origen del poder de representación en la relación de gestión, especialmente el mandato, y la aplicación de las reglas de este último en la relación representativa ante la ausencia de un régimen jurídico propio de esta última, ha ocasionado que se comiencen a entrever los primeros atisbos que tratan de justificar la improcedencia de una distinción entre el poder de representación y el mandato.

Por el propio carácter unilateral y recepticio el poder no obliga a nada, simplemente legitima la actuación en nombre y por cuenta ajena. De esta forma el poder ha quedado solamente constreñido no a autorizar el obrar por cuenta ajena, ya que esta autorización proviene de la relación de gestión, sino

el obrar a nombre de otro o en nombre ajeno. El problema estriba entonces en que tampoco el otorgamiento de este poder implica, necesariamente, que se esté obrando en nombre ajeno. Ello solo es posible cuando existe lo que se ha denominado por DÍEZ PICAZO un acuerdo de heteroeficacia y que reside en el acuerdo de voluntades entre el tercero y el representante, plasmado en el negocio que ambos celebran, de que los efectos se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado, lo que implica que ostentando el poder, si no existe dicho acuerdo no se obra en nombre ajeno, así como lo contrario, se puede no ostentar el poder y si llegar al acuerdo de que se obra en nombre ajeno. Criterio este último que ha provocado la presunción de que se obra en nombre ajeno cuando existe una relación gestora.

Amén de los criterios anteriormente expuestos, lo cierto es que, el poder unilateral y recepticio con el fin de obrar en nombre ajeno, no pierde su independencia jurídica que le permite coexistir en unión con la relación gestora, marcando la posibilidad de actuar en nombre de otro y que tiene por sí mismo, contenido y efectos que no necesariamente están recogidos en la relación de gestión, con la cual puede o no coincidir.

A tenor de lo anteriormente expuesto podemos llegar a concluir que la representación voluntaria no es más que la facultad que tiene una persona de actuar con efectos en la esfera jurídica de otra persona, a partir de cooperar en la gestión de asuntos de interés de esta última. Esta posibilidad tiene como origen la voluntad de la persona en cuya esfera jurídica se producirán los efectos, ya se produzcan los mismos de forma inmediata o mediata, por lo que constituye un instrumento y efecto de una relación de gestión en la que tiene su causa.

Más que una relación, la representación voluntaria constituye una situación jurídica en la que se distinguen y se interrelacionan recíprocamente, la relación de gestión que origina la representación entre el *dominus* y el representante, que determina el nexo representativo, y la relación entre el *dominus* y un tercero cuyo principal efecto es el negocio representativo.

El poder de representación, elemento justificativo, fuente de donde emanan las facultades del gestor tiene su causa, al igual que todo el fenómeno representativo, en el propósito subyacente en la relación de gestión y en el poder de representación unilateral y recepticio, que permite que la gestión se realice a nombre de la persona del representado, al tiempo que este condiciona y se ve condicionado por la relación de gestión en la que tiene su causa.

II. LA REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA Y EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN: PUNTOS COINCIDENTES

Pero la delimitación del fenómeno representativo no es suficiente por sí solo para poder determinar su alcance en el contexto de un supuesto concreto,

como es el del cumplimiento de la obligación. Cómo se refleja este fenómeno en el acto de cumplimiento de la obligación. Para ello debemos partir del propio concepto de cumplimiento de la obligación y la concepción que contempla la intervención de un representante en este acto.

II.1. EL PROGRAMA DE LA PRESTACIÓN Y LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO

Especial trascendencia dentro de la doctrina española, han tenido las palabras de BELTRÁN DE HEREDIA cuando, con la intención de revelar el sentido y alcance del cumplimiento de las obligaciones, esgrimió «Debe afirmarse que el cumplimiento, al propio tiempo que un modo de extinción de las obligaciones, es algo más» (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, 1956, pág. 18). De esta forma el autor reconocía que el cumplimiento es un efecto de la obligación; y la extinción un efecto del cumplimiento. Empero ello solo es posible cuando el deudor actúa según lo considerado por la doctrina alemana, y posteriormente recepcionado por la española, como programa de la prestación. El cual implica, al decir de CRISTÓBAL MONTES el comportamiento debido del deudor, la actuación en todos los términos, subjetivos y objetivos implicados en la obligación, incluida la conducta debida por parte del sujeto pasivo de la misma. (CRISTÓBAL MONTES, 1986, pág. 544). Siendo determinado su contenido desde el mismo acto constitutivo de la obligación al tener como fin la satisfacción del interés por parte del acreedor, en una relación que análogamente pudiéramos concebir de medio a fin.

Sin embargo, esta relación que se establece entre el programa de la prestación y el interés que se persigue con este, dígase interés del acreedor, no siempre se encuentran interrelacionados. Si bien la relación en principio es de medio a fin, no significa que uno sea consustancial al otro. Siempre que el deudor realice el programa de la prestación habrá satisfacción del interés del acreedor, pero, para que opere es último no siempre es necesaria la realización del programa de la prestación por parte del deudor. El Derecho ha subordinado el medio utilizado para el cumplimiento de la obligación, y con ello la integridad del programa de prestación, al interés del acreedor, al reconocer también otras formas de cumplimiento, en las que si bien no existe la indemnidad del referido programa, si se satisface este. Posición que es lógica y consecuente con el fundamento de la protección que el ordenamiento jurídico depara a la relación jurídica obligatoria.

En consecuencia, es totalmente aceptado que un tercero ajeno a la relación obligatoria cumpla con esta y satisfaga el interés del acreedor. Identificándose como tal a cualquier sujeto que no se encuentre entre uno y otro polo de la relación obligatoria, investido del haz de facultades y deberes que tienden a que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación y sobre quién pesa el «deber» jurídico de respetar la relación obligatoria (MOISSET DE ESPANÉS, 2001, págs. 1371 y sigs.). Por ello, la doctrina distingue entre el cumplimiento en estricto sentido

y una concepción en sentido amplio. El primer supuesto implica un estricto cumplimiento del programa de la prestación, través del medio o procedimiento programado en el acto constitutivo de esta: sujetos activo y pasivo, prestación y modalidades (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, 1956, pág. 43). Por su parte, dentro de la concepción amplia del propio fenómeno, quedarán contemplados todos aquellos supuestos en los cuales se logra satisfacer el referido interés, pero se utiliza un medio totalmente diferente a aquel que había sido previamente concebido en el acto constitutivo de la obligación y que no incluye la realización por el propio deudor del programa de la prestación. Nos encontramos así ante lo que BARASSI denominó un cumplimiento incompleto o imperfecto de la obligación⁴.

Si bien es indiferente que la conducta de la prestación sea realizada por el deudor o por un tercero, siempre que ello no incida en el adecuado cumplimiento de la prestación⁵, BELTRÁN DE HEREDIA nos recuerda que «entre ambos tipos de cumplimiento existe una diversidad funcional, porque la satisfacción del fin y obtención del derecho del acreedor se logra por procedimientos distintos; en un caso se actúa el contenido de la obligación; en otro, se satisface solamente el derecho de crédito del acreedor. Aunque el fin que se persigue en la obligación se logre en ambos casos, la función que cada uno de ellos cumple es distinta. La intervención del deudor no solo es importante, sino que es, según hemos visto, decisiva para que pueda verdaderamente actuarse el contenido de la obligación» (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, 1956, pág. 44).

Solo cuando estrictamente se ha producido el cumplimiento es que podemos hablar de que se ha realizado las tres funciones que le caracterizan, liberatoria del deudor, satisfactiva del acreedor, y extintiva del vínculo. Las cuales quedan resumidas en palabras de CRISTÓBAL MONTES cuando expresa «la verificación del deber de prestación produce todos sus efectos, satisfactorios y liberatorios, desde el momento en que adopta la configuración externa que le fue asignada en la relación obligatoria: correcta en el contenido, puntual en el tiempo y exacta en el espacio» (CRISTÓBAL MONTES, 1986, pág. 547).

Empero, esta distinción, defendida por más de uno en la doctrina, no es precisa cuando el tema de la representación voluntaria es traído al campo del cumplimiento de las obligaciones. Pues, si tomamos como línea divisoria para poder distinguir entre cumplimiento en sentido amplio y estricto —desde un punto de vista subjetivo—, el hecho de que el programa de la prestación sea cumplido por un tercero y no por el propio deudor; podemos afirmar que, tanto desde un punto de vista doctrinal como legislativo⁶, la actuación del representante dentro del cumplimiento del programa de la prestación no es vista como la de un tercero; sino como si la hubiera realizado el propio deudor. De tal forma que queda implícito dentro del concepto de actuación *ad hoc* de la persona vinculada y la ejecución de la prestación por este.

En consecuencia, se admite en un sentido jurídico y no físico que dentro del concepto de deudor se incluye no solo a la misma persona natural que con-

trajo directamente la obligación, sino también a su representante, sea este legal o voluntario, así como a los herederos, que son continuadores de la persona del testador/deudor⁷. Sin embargo, si bien la relación que se establece entre el representante y el deudor pudiera parecer que no trae aparejado ningún tipo de disquisición teórica con respecto a esta concepción, lo cierto es que, esta formulación dogmática no es tan llana como aparenta. La ficción jurídica de que el representante cumple con la obligación como si fuera el propio deudor, es destruible por el propio hecho de que el no cumplimiento del programa de la prestación por el deudor implica una modificación del elemento subjetivo del programa de la prestación, y por ende en la forma a partir de la cual se lleva a cabo el cumplimiento que hace el representante del deudor; lo que repercute esencialmente, en la determinación del régimen de responsabilidad ante un supuesto de incumplimiento, al tiempo que alcanza, su más clara explicación mediante el análisis del *animus solvendi* en el cumplimiento de la obligación.

II.2. EL *ANIMUS SOLVENDI* COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

La improcedencia de concebir que el cumplimiento realizado por el representante sea igual a la realización de la actuación comprometida por el propio deudor, parte del propio análisis que se hace por la doctrina del *animus solvendi* en el propio cumplimiento como acto independiente del acto constitutivo de la obligación.

Dentro de la doctrina, quienes más se han detenido en el tratamiento del cumplimiento de la obligación coinciden en afirmar que la naturaleza jurídica de este es la de un acto jurídico⁸, el que si bien es, en principio, independiente del propio acto de constitución, tal independencia no puede ser analizada sin tener en cuenta la especial interrelación que existe con respecto al propio acto de constitución, donde se han establecido las normas de conducta que permiten configurar el llamado programa de la prestación.

De hecho, la especial interrelación que se muestra entre el acto de cumplimiento y el acto de constitución de la obligación, como partes del lógico y natural *iter* del proceso de vida de una obligación, ha conllevado a que más de un autor insista en la escasa trascendencia que el *animus solvendi* tiene en el cumplimiento de la obligación. Para autores como BELTRÁN DE HEREDIA, por ejemplo, «el cumplimiento es un simple acto jurídico, voluntario, en cuanto acto humano, pero carente de la espontaneidad de origen, de estructura, y de función, típica en los negocios jurídicos»⁹; por su parte, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, en una posición un poco más radical afirma, «ni una intención del deudor de entregar o poner a disposición del acreedor la cosa debida, y ni siquiera la idoneidad del cumplimiento, sino que el pago en sentido jurídico es la valoración por el

ordenamiento jurídico de aquellos hechos o actos del deudor o de un tercero que cumplen o consumen la utilidad en que consiste la obligación y tienen eficacia liberatoria del deudor, normalmente mediando la satisfacción del interés del acreedor» (ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, 2000, pág. 90).

Si bien es cierto que, el interés del acreedor es valorado de forma superior al propio *ánimus* o voluntad del deudor, no es dable minimizar los efectos de este en el acto de cumplimiento; no solo porque, como todo acto jurídico es necesario que su autor conozca el alcance de su conducta, lo que nos permite concebirlo como tal, sino también porque, como conducta jurídica deliberada permite distinguir la realización de la prestación como acto destinado a la extinción de la obligación y no como un mero acto con un *ánimus donandi*¹⁰. Es esta la principal razón que ha motivado a autores como LLAMBÍAS a considerar la intención de pagar o *ánimus solvendi*, como uno de los elementos esenciales al acto jurídico del pago (LLAMBÍAS *et. al.*, 1997, pág. 379).

En nuestra opinión si bien es cierto que existe una especial interrelación entre la enunciación programática que contiene el acto constitutivo de la obligación y el acto de cumplimiento, el *ánimus solvendi* sí es esencial a este como acto jurídico y adquiere especial trascendencia en el caso del pago realizado por representante. La sobrevaloración del actuar positivo en función de la satisfacción del interés del acreedor, que ha tenido lugar esencialmente en el contexto de la doctrina clásica española, se debe a nuestro justo entender al hecho que, estos autores, tratando de justificar porque el acto de cumplimiento no es un negocio jurídico, toman como referente la voluntad que es esencial a este tipo de acto y no aprecian, en su justa dimensión la voluntad que debe estar presente en el propio acto de cumplimiento como elemento esencial de este. Una cosa es que el elemento volitivo presente en este supuesto, no pueda ser considerado una auténtica voluntad negocial y otra muy distinta es que no pueda ser entendido como un elemento determinante y configurador del acto en cuestión. Lo que trae aparejado una preferencia al hecho objetivo que implica la realización de la prestación y la consecuente satisfacción del interés del acreedor.

La subvaloración del elemento volitivo, no es congruente con la propia posición que sobre otras manifestaciones, del propio fenómeno, esgrimen los partidarios de tal posición. Cómo se explica que, la propia doctrina que minimiza los efectos de este *ánimus* considere que si hace falta la concurrencia de la intención de cumplir cuando un tercero realiza la prestación¹¹, sin que sea necesario únicamente la coincidencia objetiva de la prestación debida y la realizada por el tercero; igualmente reconozca entre los requisitos exigibles para que prospere la acción de repetición de lo indebido: el pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*ánimus solvendi*), así como la 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 y el error por parte del que hizo el pago, sin distinguir entre el de derecho y el de hecho¹².

Cómo queda, entonces, configurado este elemento esencial al acto de cumplimiento de la obligación en el supuesto que este sea realizado por el representante voluntario.

II.3. EL *ANIMUS SOLVENDI* DEL REPRESENTANTE EN EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

En este mismo orden de cosas, pero en relación específicamente al acto de cumplimiento de la obligación por parte del representante, tendríamos entonces que preguntarnos sobre quién recae el *animus* que es dable apreciar en este cumplimiento. Para ello debemos tener en cuenta cuál es la autoría de la intención de quien lleva a cabo el acto de cumplimiento. Siendo la teoría de la cooperación la más aceptada hoy en la doctrina científica, es lógico que deba averiguarse en qué medida y con qué fuerza desempeña una y otra voluntad en la iniciativa del cumplimiento efectivo, ya que ambos son autores del acto de cumplimiento. Estaríamos entonces preguntándonos, en qué medida la voluntad o el *animus* del deudor y el representante, por si solo es necesario para llevar a cabo el programa de la prestación en satisfacción del interés del acreedor. Lo cual no constituye una interrogante baladí, por muy prolija que pudiera ser.

No nos es dable olvidar que el Derecho ha concebido la representación voluntaria desde la posibilidad de que el tercero produzca efectos mediatos o inmediatos que repercutan en la esfera jurídica del representado, pero en este caso hablamos de que es perfectamente posible de que el *dominus* haya emitido su declaración de voluntad al momento de constituir la obligación y determinando el contenido del programa de la prestación, sin embargo, la prestación propiamente dicha no se haya materializado. Siendo necesario la cooperación del representante para que tenga lugar la concreción de la voluntad anteriormente manifestada.

En el supuesto anteriormente referido, no podamos decir que en los actos del deudor quede exteriorizada su voluntad de cumplir la obligación, sino que esta solo es posible de apreciar en el hecho de designar un representante para el cumplimiento de tal obligación. De ser así, se realiza entonces el acto de cumplimiento a partir de la concurrencia de la voluntad del representado, manifestada en la relación que da origen a la representación, como en el propio actuar del representante, exteriorización de su *animus* de cumplir la obligación por cuenta de aquel.

De ello se colige que, es imposible afirmar que cuando el representante interviene en el acto de cumplimiento lo está haciendo como si fuera el propio deudor, y ello no es así porque sería como desconocer que en sí mismo, el representante posee un *animus* que es intrínseco al propio acto de cumplimiento. *Animus* que si bien no es opuesto o diferente al del representado/deudor, no tiene

que ser coincidente. Por muy predeterminada que se considere la cooperación que brinda el representante, en relación con la conducta que lo conmina al programa de la prestación, siempre esta lleva implícito una iniciativa por parte de este. Al respecto son válidas confrontar las palabras de SCAEVOLA cuando al referirse a la facultad de decidir, como uno de los elementos definitorios del fenómeno de la representación, esgrimía, «El acto representativo, a menos de convertirse en un humilde servicio de mensajería, exterioriza y proyecta hacia fuera las facultades decisorias» (SCAEVOLA, 1949, pág. 350). Dónde entonces encontrar las facultades decisorias del acto representativo en el cumplimiento de la obligación.

II.3. A) La buena fe, la diligencia y los deberes accesorios del representante

Como anteriormente hemos comentado es imposible querer considerar que el representante actúa como si fuera el propio deudor en el cumplimiento de la obligación. Si bien su principal deber es desplegar la conducta o compartimiento en que consiste la prestación y que de forma objetiva se aprecia, existe en torno a esta conducta toda una serie de estados subjetivos, que bajo determinados supuestos no pueden ser apreciados en el deudor, puesto que, el cumplimiento también implica tomar en consideración el espíritu de relación obligatoria y la forma que el acreedor pueda razonablemente esperar de la realización del propio acto.

Desde nuestra consideración son tres, esencialmente, los estados subjetivos en los cuales con mayor claridad, se aprecia la posibilidad decisoria de la que el representante goza en el acto de cumplimiento. Hablamos de la buena fe, la diligencia que el contacto social supone y los deberes accesorios al acto de cumplimiento.

El principio general de la Buena fe, en su acepción subjetiva y objetiva¹³, puede ser apreciado en la personada del representante, como nos ejemplifica DÍEZ PICAZO, si el pago ha sido hecho por un apoderado, a un acreedor aparente, este pago libera al deudor, incluso cuando este conociera la identidad del verdadero acreedor¹⁴. Ello siempre procederá cuando el representado haya tenido la iniciativa del pago, sin seguir instrucciones específicas del *dominus*. Similar solución, es ofrecida por el propio autor cuando el apoderado paga ignorando que la deuda no estaba aún vencida, pudiendo reclamar del acreedor los intereses o los frutos que este hubiera percibido de la cosa, aunque el *dominus* o principal fuera plenamente consciente (DÍEZ PICAZO, 1979, pág. 256).

En el actual contexto social la representación voluntaria interviene, esencialmente, en relaciones de durabilidad o permanencia que implican un contacto social (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1964, pág. 364).

Por ello, la relación que en base a este contacto se sostiene, no se establece directamente entre el deudor y su acreedor, propiamente dicho, sino que, la conducta que la conciencia social en cada caso exige, para hacer viable este contacto, como es la consideración, el respeto y la ayuda entre las partes de la relación obligatoria, queda dentro del marco de actuación del representante. Lo cual marca, a su vez, un punto de coincidencia con la debida diligencia que en el marco de su actuación debe desarrollar el representante para llevar a cabo el cabal cumplimiento de la obligación.

La debida diligencia si bien está muy interrelacionada con el concepto de buena fe y el estándar social impuesto en un momento histórico concreto, tiene, *per se*, un claro reconocimiento jurídico y efectos propios. Sin embargo, el actuar con la debida diligencia no siempre está determinado por el principal¹⁵. Al decir de MORETÓN SANZ «la mención a la diligencia no está incluida expresamente por las partes en su proyecto o programa de prestación, por lo que habrá que estar al modelo de conducta establecido en el Código Civil en su artículo 1.104» (MORETÓN SANZ, 2008, págs. 619-719).

Aunque la diligencia debida sea determinada por el principal, o simplemente contemplada expresamente por la norma, dentro del marco de comportamiento del deudor¹⁶. No obstante si bien la previsión normativa constituye un referente, que es necesario tener en consideración al momento de apreciar la responsabilidad del representante en el cumplimiento de la obligación, la subjetividad que esta implica, siempre seguirá siendo de exclusivo dominio de la iniciativa de aquel, aún y cuando el representado haya determinado las directrices generales de esta. Tanto en el supuesto de diligencia contemplado en el anteproyecto, como en las regulaciones positivas referidas, ambos conceptos no dejan de ser abstractos y ambiguos, permeados de subjetividades, que necesitan ser analizados a partir de la valoración objetiva que implica el cumplimiento del programa de la prestación. Tomando en cuenta, por supuesto, que esta apreciación será realizada en la persona del representante y no de quien ha concebido o constituido la obligación.

Muy relacionado con el tema de la diligencia que debe llevar a cabo el representante, es el tema de los deberes accesorios como esfera específica de actuación de este en el cumplimiento de las obligaciones. La apreciación o no de estos deberes accesorios, en la figura del deudor, se realizará en dependencia del origen de los mismos, los cuales en palabras de DÍEZ PICAZO, pueden encontrarse en la ley, el pacto constitutivo de la obligación, los usos o impuesto por la buena fe (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, 1964, pág. 362 y sigs.). Bajo determinados supuestos la apreciación de dichos deberes serán efecto de la propia obligación que tiene el representante de cumplir con el encargo que se le ha dado de forma diligente, es decir, son deberes que van implícitos en el propio acto de cumplimiento de la obligación; pero, pudiéramos decir lo mismo de los deberes de esmero en el cumplimiento de la prestación. Es lógico que si

bien los primeros son consecuencias del estricto margen que el encargo impone al representante del deudor, los segundos quedan en la esfera de la voluntad del representante, y cuando se actúa en base a esta no quedan dichos actos dentro de lo comprendido como *animus solvendi* del deudor.

La apreciación y entidad de estos deberes accesorios en cabeza del representante del deudor no pueden ser vistos o analizados exclusivamente desde la óptica de la voluntad del deudor y las instrucciones que le ha brindado a su representante. Estos deberes deben interpretarse en dependencia de su alcance objetivo, el cual incluye, al decir del propio DÍEZ PICAZO, si son deberes accesorios previos o preliminares que preparan la ejecución de la prestación debida, deberes coetáneos con la prestación misma, los cuáles pueden tener una entidad suficiente para constituir ellos mismos una nueva prestación, a lo que este autor denomina «prestación accesoria», o simplemente que estos deberes se integren dentro de la prestación principal, en cuyo caso simplemente constituyen una ampliación o ensanchamiento de esta; por último y en relación con el momento de ser llevados a cabo estos deberes accesorios para garantizar el cumplimiento de la obligación como son los denominados deberes posteriores, esos deberes de liquidación posterior a la extinción de la relación obligatoria.

Demostrado entonces que no existe coincidencia entre el actuar del deudor y el actuar del representante en la forma de llevar a cabo el cumplimiento del programa de la prestación, queda entonces analizar el elemento que marca la división entre uno y otro supuesto, estableciendo el límite entre la voluntad del representado y la del representante en el cumplimiento de la obligación. Este elemento, sin lugar a dudas, se halla en las instrucciones del representante al representado.

II.3. B) Buscando un límite entre el actuar del representante y el representado en el cumplimiento de la obligación: las instrucciones

Aunque se pretenda justificar como una *fictio iuris*, concebir el cumplimiento del representante como el realizado por el propio deudor, tanto por la legislación y la doctrina, resulta improcedente. Esta concepción entra en franca contradicción con la concepción del régimen de responsabilidad entre el actuar del representante y el actuar del deudor.

En la estructura lógica de la relación obligatoria si bien la voluntad, parece ostentar un carácter accesorio en relación con el cumplimiento del programa de la prestación, ello no es así en el caso del cumplimiento de la obligación por el representante, pues a partir de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que, la voluntad del deudor es decisiva para determinar el contenido y alcance del pago realizado al acreedor. Carácter que adquiere mayor relevación ante el supuesto de infracción de la obligación, como bien nos recuerda BADOSA COLL (BADOSA COLL *cit. pos.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, 2008, pág. 685).

Específicamente en el caso que nos ocupa, el acto de cumplimiento dista mucho de ostentar la sencilla disposición subjetiva que se establece entre el deudor y el acreedor. La intervención del representante en el acto de cumplimiento enerva la lógica conexión de estructura, origen y eficacia que existe entre la constitución de la obligación y el acto de cumplimiento, aún y cuando el propio representante haya participado en el primero, determinando el contenido del programa de la prestación. La línea divisoria para la determinación de la responsabilidad entre uno u otros sujeto, se haya, en las instrucciones que le ha dado el principal al representante que realiza el acto de cumplimiento de la obligación. Empero, en este punto se hace necesario tener presente la doble relación que se establece en el fenómeno representativo, y que tiene como centro la figura del apoderado. Es este quien sostiene una relación hacia el representado/deudor (relación interna), mientras que por otro sustenta una relación con un tercero a la relación jurídica de representación, que en este caso es el acreedor (lado externo).

Por ello, a los efectos de poder determinar el régimen de responsabilidad del representante, ante un futuro incumplimiento de la obligación, se deben tomar como referencia las instrucciones que fueron emitidas tanto en la relación de apoderamiento como en las propias de la relación de gestión; si bien a los efectos de la relación ante terceros, que en este caso es el acreedor, solo trascienden las instrucciones que el tercero/acreedor conocía o debía de conocer al momento de la realización del acto de cumplimiento, teniendo en cuenta además, las circunstancias que rodean aquel. Al decir de HUPKA: «Una instrucción que para el tercero no fuese ni conocida ni cognoscible, no puede ser tampoco alegada contra él en su perjuicio, habiéndose mantenido el negocio en los límites del poder manifiesto; y que por el contrario se puede algar contra el tercero esa instrucción cuando aquel la conocía o debía conocerla en el momento de celebrar el negocio» (HUPKA, (1930) pág. 197).

Sin embargo, creer o considerar que las instrucciones que materializan el programa de la prestación se encuentran exclusivamente en el poder sería una concepción incompleta, pues es imposible descartar la propia interrelación que tiene lugar entre el negocio de apoderamiento y la relación de gestión que tiene lugar en sede de representación directa.

En este sentido GONZÁLEZ ENRIQUEZ ha esgrimido «El hecho de sobreañadirle a veces el otorgamiento notarial, documento unilateral del poderdante estableciendo la representación del mandatario, solo puede tener como finalidad desvincularle del mandato para conseguir que su eficacia respecto a los terceros sea independiente de las vicisitudes de este» (GONZÁLEZ ENRIQUEZ *cit pos.* LACRUZ BERDEJO, 1979, pág. 211).

Por su parte Díez PICAZO, afirma «cualesquiera que sean las relaciones jurídicas previas o subyacentes entre el principal y el representante, en virtud del apoderamiento, se crea, entre ellos una nueva relación —la relación representativa— o se dota a la situación preexistente de un nuevo contenido. El apode-

ramiento crea una nueva situación jurídica — el poder de representación— y la reglamentación en él contenida es decisiva no solo en orden a las relaciones del principal con los terceros, sino en el orden estricto de las relaciones entre el principal y el representante» (DÍEZ PICAZO, 1979 pág. 135). Para este propio autor «Una puntualización del principal respecto a la forma de actuación representativa que el agente deba adoptar pertenece al terreno de las instrucciones y, por consiguiente, surte sus efectos solo en las relaciones internas entre representante y representado, salvo que inequívocamente se haya manifestado como límite del poder» (DÍEZ PICAZO, 1979 pág. 245).

Las complejidades propias del fenómeno representativo en el supuesto en análisis, se acrecientan cuando estamos en presencia de un mandato tácito¹⁷. El que resulta, al decir de BORDA, «(...) no solo de hechos positivos que demuestren inequívocamente la voluntad de otorgarlo (ver nota 3), sino también de la inacción o silencio del mandante y de que no impida, pudiendo hacerlo, los actos que sabe que otro está haciendo en su nombre» (BORDA, G. A., 1999, pág. 386). Cómo determinar en estas condiciones cuáles han sido los límites que se le han impuesto al representante en su actuación, si previamente no ha existido una relación de gestión que determine los mismos. Para DÍEZ PICAZO lo decisivo es el comportamiento del *dominus*, la voluntad implícita en él o el sentido y la significación objetiva que dicho comportamiento del *dominus* tiene para los terceros (DÍEZ PICAZO, L, 1979 pág. 247). De esta forma el tercero/acrededor sabe que el pago es realizado en nombre del deudor, quien a su vez es consciente de dicha actuación, quedando en una zona gris la determinación del margen de voluntad de que dispone el deudor para la realización del pago. Margen que a nuestro juicio siempre será mucho más amplio que el que propiamente goza cuando ha recibido instrucciones previas y específicas por parte del *dominus*. Existe por tanto, un mayor nivel de iniciativa del representante en el cumplimiento de su encargo, lo que se traduce en la apreciación en su persona de superiores niveles de diligencia y demás estados subjetivos que como la buena fe, son necesarios para garantizar el éxito del cumplimiento del programa de la prestación.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TERCERO EN EL CUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN Y EL ACTUAR DEL REPRESENTANTE VOLUNTARIO: ¿ES EL REPRESENTANTE UN TERCERO?

Teniendo en cuenta las peculiaridades sobre el cumplimiento de la obligación llevado a cabo por el representante voluntario, pudiéramos analizar la consideración de contemplar a este como un tercero en el pago de la relación obligatoria, y por ende, aplicar el mismo régimen jurídico que a estos, cuando el pago se ha hecho con medios propios del representando y en virtud de una relación de gestión como pudiera ser el mandato. En tal supuesto existiría la

posibilidad de que el representante pudiera escoger entre la acción de reembolso o la acción derivada del pago con subrogación, según lo previsto por cada ordenamiento jurídico.

Analizar dicha posibilidad parte de la inexistencia de un consenso doctrinal en cuanto a quién considerar tercero y cual o cuáles son los rasgos distintivos de este pago. Mientras para autores como ALESSANDRI, en tal concepto se concibe el pago efectuado por un tercero completamente extraño a la obligación, que no tiene ningún interés en el vínculo jurídico que liga al acreedor con el deudor (ALESSANDRI RODRÍGUEZ Y SOMARRIVA UNDURRAGA, [s.a.] pág. 182); para otros como ALTERINI, no es más que cuando un tercero, obrando por su cuenta, satisface al acreedor, el crédito de este se extingue, pero no por pago sino —en realidad— por otro modo extintivo del crédito: la *obtención de la finalidad* (ALTERINI, *et. al.*, 1995, pág. 95). Por su parte dentro de la doctrina nacional autores como DÍAZ PAIRÓ y DELGADO VERGARA coinciden en concebir como tercero que puede realizar el pago, a quien el acreedor no puede exigir el pago, ya sea que tenga interés o no en el cumplimiento de la obligación (DÍAZ PAIRO, 1960, pág. 78) y (DELGADO VERGARA, 2003, pág. 201).

Esta falta de uniformidad ha trascendido a las regulaciones que sobre el pago realizado por una tercera persona hacen las normas civiles. Por un lado encontramos los ordenamientos jurídicos que conciben como tal el pago realizado por cualquier persona, tenga esta interés o no en el cumplimiento de la obligación, ya fuera con consentimiento o no del deudor¹⁸; mientras que por otro, coexisten aquellos ordenamientos jurídicos que establecen la distinción de este pago en virtud de que, el mismo haya sido realizado en nombre del deudor o en dependencia del interés que se persigue con el pago¹⁹.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, los efectos de ambas regulaciones son los mismos, si consideráramos al representante como un tercero en el cumplimiento de la obligación. Los países que han adoptado la primera de las posiciones no han vacilado, al menos en el ámbito jurisprudencial, de estimar los requisitos establecidos por los del segundo grupo de legislaciones, para determinar la existencia o no de un tercero que cumple con la obligación.

La jurisprudencia española, por ejemplo, no demuestra consenso en cuanto a los requisitos indispensables para la delimitación de cuando nos encontramos ante el pago realizado por un tercero, ya sea con interés o no en el cumplimiento de la obligación. De ello nos da cuenta la sentencia número 472/2013, dictada en la Audiencia Provincial de Alicante, al exponer los múltiples criterios que en cuanto se han esgrimido por la jurisprudencia para que exista pago por tercero, «(...) que el desembolso efectuado por este esté presidido por un *animus solvendi* (STS núm. 497/2012, de 3 de septiembre rec. Núm. 250/2011; Pte. Excmo. Sr. Ferrándiz Gabriel). Es preciso igualmente que quien hace el pago sea un tercero ajeno a la deuda, lo que no sucede cuando quien paga tiene la condición de fiador solidario de la deuda satisfecha (STS núm. 242/2006, de 7 de

marzo; Pte. Excmo. Sr. Villagómez Rodil) o cuando el desembolso lo hace quien contrató las obras o servicios que han generado la misma (STS núm. 1026/2003, de 4 de noviembre; Pte. Excmo. Sr. De Asís Garrote). Ahora bien, el hecho de que el tercero tenga interés en el cumplimiento de la obligación no lo priva de dicha condición (STS núm. 132/2010, de 12 de marzo; Pte. Excmo. Sr. Salas Carceller). Por otra parte, se ha dicho también que «*el artículo 1.158 exige que cuando se paga por otro, se lleve a cabo en su nombre y por su cuenta*» (STS núm. 242/2006, de 7 de marzo; Pte. Excmo. Sr. VILLAGÓMEZ RODIL (...))²⁰.

Siendo los elementos que hoy sustentan la actual concepción de la representación voluntaria: la existencia de una relación de gestión, el carácter ajeno, tanto del negocio como del interés manifestado en el mismo, aun en aquel supuesto en el cual los efectos de la gestión solo se produzcan de forma indirecta, mientras que, del pago realizado por un tercero el hecho de que este sea realizado en nombre y/o interés del deudor; es lógico que la consideración del representante como un tercero, no resulte ser algo descabellado, siempre y cuando los términos bajo los cuales sea analizada esta posibilidad sean los propios del pago realizado por tercero con la voluntad expresa o tácita del deudor.

Para autores como BELTRÁN HEREDIA, la delegación pasiva, en virtud de la cual el deudor da una orden de pago al tercero, para que realice en su nombre el cumplimiento de la obligación, constituye uno de los medios a partir del cual podía llevarse a cabo el cumplimiento realizado por un tercero con el conocimiento y aprobación del deudor. En cuyo caso el tercero actúa por iniciativa del deudor y se presenta como un representante o mandatario del verdadero autor. Similar posición sostienen autores como ALESSANDRI para quien, cuando el tercero paga consintiendo expresa o tácitamente el deudor, estamos en presencia de un mandato; para LLAMBÍAS cuando el tercero practica el pago «*con asentimiento del deudor*», se comporta como un representante de este, frente a quien deja de ser tercero o extraño para convertirse en *mandatario* suyo²¹. En similar sentido, aunque no le concedan el carácter de representante o mandatario de forma expresa, autores como HERNÁNDEZ MORENO nos habla de la legitimación *solvendi causa*, como un tipo de legitimación cuya titularidad la ostenta todo gestor interviniente en deuda ajena, que le permite, en todo caso, extinguir esta. Siendo necesaria que la referida legitimación sea ejercitada en condiciones tales que supongan la inequívoca y manifiesta intención de extinguir la relación obligatoria en la que se interviene (HERNÁNDEZ MORENO *cit. pos.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013 pág. 17).

En correspondencia con estas posiciones el Código Civil mexicano reconoce que, cuando el pago es realizado por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación, que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor se observarán las disposiciones relativas al mandato²², distinguiéndose así del régimen reconocido al tercero que tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso la norma prevé un pago por subrogación en virtud

de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados²³. La regulación que nos ofrece este cuerpo legal no deja de ser interesante, por el hecho de reconocer, aunque no sea de forma expresa, la existencia de una relación de gestión, al menos tácitamente concebida, siendo el propio ordenamiento quien para este supuesto determina los efectos de una relación de gestión como el mandato. Sin embargo, no existe razón, para sostener la distinción que propugna el Código, en virtud del interés que ostenta el tercero en el cumplimiento de la obligación.

Por qué no aplicar al tercero interesado en el cumplimiento el propio régimen jurídico del mandato. Cuando la relación de gestión es previa al acto de cumplimiento y este se realiza en virtud de aquel, en este caso también nos encontramos en presencia de un tercero que tiene interés en el pago de la deuda. Si tomamos como referencia que, el interés tiene que ser analizado en correspondencia con la obligación y el cumplimiento, y consideramos como tercero interesado, según LLAMBÍAS, a quien no siendo deudor, puede sufrir un menoscabo en su derecho si no paga la deuda ajena, mientras que tercero no interesado es la persona extraña a la obligación que no sufre detrimento en derecho alguno por la ausencia de pago de la deuda²⁴; podemos concluir que, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del representante del pago, le puede acarrear consecuencias patrimoniales ante la posición de incumplimiento en la que se ubica, no en relación con el acreedor sino con el representado/deudor y la relación de gestión que subyace.

Reconociendo el carácter de delegado del tercero el Código Civil de Paraguay, configura la figura de tal forma que «Si el deudor ha encargado a un tercero efectuar el pago, podrá este obligarse a favor del acreedor, salvo que el deudor lo haya prohibido. El tercero delegado para efectuar el pago no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando sea deudor del delegante»²⁵. Bajo este supuesto se reconoce la existencia de una relación de gestión previa y por ende, del carácter de representante que tiene el tercero en este supuesto. Al tiempo que goza de una mayor exactitud en la previsión que hace del fenómeno, pues determina como regla aplicable, una vez realizado el pago por un tercero interesado o no, que pagare en su nombre o en el del deudor, las propias de las relaciones jurídicas existentes entre ellos²⁶. Con ello, la norma reconoce que, cuando el pago es con consentimiento del deudor en virtud de cualquier otro tipo de relación de gestión estamos en presencia del pago realizado por un tercero.

Empero, es posible reconocer tal como se prevé en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, la condición de tercero en el cumplimiento de la obligación al representante. Precisamente son los efectos del reconocimiento de esta condición —tercero— para el representante, los argumentos que más contrarrestan esta posibilidad. Estimar tal posibilidad significa que el representante tenga derecho al reembolso, de lo que previamente desembolsó para el cumplimiento de la obligación, es decir, por la ejecución del encargo, sin que

previamente se haya provisto de fondos por el representado para tal fin. En tal supuesto existiría la posibilidad de disfrutar de dos mecanismos para salir indemne de la gestión desplegada, en virtud de una acción de reembolso o de la acción por pago con subrogación. La primera, sería reconocida en virtud de la relación de gestión que existe y la segunda en virtud del reconocimiento de su condición como tercero que ha actuado con el consentimiento del deudor (BORDA, 1999, pág. 446).

En principio, el reconocimiento de la posibilidad de elegir del representante la acción que mejor se correspondería con sus intereses, pudiera resultar beneficioso. Para ALTERINI la decisión por una u otra acción, depende de las circunstancias: «si quiere prevalerse de las garantías del crédito que pagó, le conviene la subrogación (conf. art. 771, Cód. Civ.); si quiere cobrar intereses, y el crédito pagado no los llevaba, le conviene ejercer la acción de mandato (conf. art. 1950, Cód. Civ.); si la deuda que pagó fuera nula o estuviese prescrita, la subrogación no le permitiría cobrarle al deudor (conf. art. 771, Cód. Civ.), pero sí podría percibir su inversión por las acciones emergentes del mandato (art. 1949, Cód. Civ.); etcétera». (ALTERINI, *et. al.*, 1995, pág. 98)

Pero, pudiéramos decir que estaríamos en la misma situación jurídica si se concibiera al representante como un tercero en el cumplimiento de la obligación al cual no se le han anticipado los gastos necesarios para la realización de la prestación. *A priori*, en este supuesto nos encontraríamos ante un desdoblamiento de la relación obligatoria, puesto que los efectos principales del cumplimiento llevado a cabo por el representante serían el de la satisfacción del acreedor, y como efecto secundario, la posibilidad de accionar por parte del representante reclamando el pago de lo que hubiere previamente desembolsado. Es decir, nos encontramos tanto en uno como en otro caso en presencia tanto, de efectos internos como externos.

Empero, el *quid* de la cuestión se haya entonces no en la situación en la que queda el deudor/representado cuando el pago lo realiza el representante, considerado como un tercero, sino, en el medio utilizado para lograr que este quede indemne una vez que ha llevado a cabo el acto de cumplimiento con el consentimiento del deudor. Pues, como anteriormente hemos expuesto, el reconocimiento de tal condición, pondría al representante en la posibilidad de elegir entre una y otra opción.

En el caso de la utilización de la acción de reembolso por parte del representante, esta es consustancial al propio fenómeno de la representación y la relación de gestión que le subyace, pues ahí debemos encontrar su fundamento, encontrándose su principal utilidad en la búsqueda de «un equilibrio entre el interés del tercero que ha cumplido en recuperar lo pagado por él, y el interés del deudor de no resultar perjudicado por la intervención del tercero» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2013, pág. 12). El punto polémico se encontrará en el supuesto en que la acción utilizada por el representante sea la que tiene su origen en virtud

del pago con subrogación. Acción que cada vez y con mayor frecuencia gana en adeptos en relación con la acción de reembolso, pues esta última, en palabras de LASARTE, «resulta escasamente interesante para quien decide inmiscuirse en una relación obligatoria ajena, adelantado —en términos económicos— el bien o la prestación que la misma tenga por objeto» (LASARTE, 2012 pág. 25).

La regulación que se hace del pago con subrogación cuando un tercero ha pagado con interés o no en el cumplimiento de la obligación y con consentimiento del deudor, no es unánime. Ordenamientos jurídicos como el chileno, colombiano, uruguayo, ecuatoriano son contestes en reconocer que se efectúa la subrogación por el ministerio de la ley y aun contra la voluntad del acreedor, en el supuesto del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor²⁷. Por su parte, aquellos ordenamientos jurídicos que conciben al interés como elemento definitorio de la figura del pago realizado por tercero, solo reconocen la condición de subrogado en dependencia de si el pago ha sido realizado con o sin interés del deudor, sin importar si este se ha realizado con el consentimiento o no de este. Por ejemplo, en el caso del Código Civil de Perú, la subrogación legal opera cuando quien paga tiene legítimo interés en el cumplimiento de la obligación, mientras que difiere el supuesto del pago realizado por tercero no interesado en la obligación, siempre que se haya hecho con aprobación expresa o tácita del deudor, al pago por subrogación convencional²⁸; similar posición, aunque concibiendo ambos tipos de pago dentro de la subrogación legal, se encuentra en el ordenamiento jurídico paraguayo²⁹.

Conteste con la posición asumida anteriormente, de que en el pago realizado por el representante, existe interés de este último en aquel, podemos concluir que en los ordenamientos jurídicos que asumen tal posición, la subrogación operaría tanto por ser realizado el cumplimiento con el consentimiento expreso o tácito del deudor, como cuando se hace por tener interés el representante en la realización de este acto. Existe entonces la posibilidad, en aquellos ordenamientos que reconocen el fundamento de la subrogación en la ley, que el representante/tercero pueda compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos, si bien nada obsta para que haya operado la subrogación convencional.

En cualquier caso el pago con subrogación supone que el subrogado, dígase representante —en este supuesto—, pueda conservar íntegramente el crédito con todas sus relaciones accesorias, derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado, aunque quede sometido a las excepciones y vicios que afectaban aquel³⁰. Si bien esta posición es más fuerte que en la que se ubica el representante cuando solicita su reintegro en virtud de la acción de reembolso, lo cierto es que, no produce los efectos liberatorios y extintivos que supondría el actuar del representante tras el cumplimiento de la obligación, pues este solo ha tenido un fin satisfactivo del interés del acreedor. Por ende no se ha producido la liberación del deudor/representado cuya situación no ha mejorado pues todavía es deudor del representante.

A diferencia de la acción de reembolso que es autónoma e independiente del crédito principal que se extinguió, y constituye un derecho nuevo, personal y directo del tercero que pagó (DÍAZ PAIRO, 1960 pág. 81), la subrogación no lleva consigo la extinción de la relación jurídica obligatoria cuyo cumplimiento era causa de la relación representativa, sino, una sustitución del titular del derecho de crédito. Esta consecuencia del pago por subrogación enerva cualquier posibilidad de considerar como un tercero, al menos, de la forma que hoy se concibe por los ordenamientos jurídicos, al representante. La sustitución que opera en cabeza del titular del crédito contrarresta los propios argumentos o presupuestos que hacen viable la representación voluntaria, especialmente la *fiducia* y la cooperación. El acto representativo —cumplimiento de la obligación— no ha tenido efectos palpables en la esfera jurídica del deudor/representado, sino que simplemente ha provocado un cambio de titularidad en la relación jurídica obligatoria, no existen por ende efectos jurídicos en la esfera del representado a partir del actuar del representante, fin instrumental que se persigue con esta institución.

IV. CONCLUSIONES

Una vez analizado el cumplimiento de la obligación por parte del representante voluntario, podemos concluir que es imposible concebir a este como si el propio deudor hubiera realizado el pago. Al sustentarse el actuar del representante en la teoría de la cooperación, el *animus* o intención de este incide en el cumplimiento del programa de la prestación. El representante siempre posee iniciativa. Los dilemas que pudieran existir en cuanto a cuál ha sido la voluntad determinante para el cumplimiento del pago deben tomarse en correspondencia con las instrucciones emitidas por el deudor, tanto en la relación interna de gestión como externa de apoderamiento.

No obstante, resulta imposible concebir al representante como un tercero que realiza el pago con el consentimiento del deudor. Según la actual regulación en el Derecho Comparado tal carácter implicaría reconocerle al representante la posibilidad de escoger entre la acción de mandato y la acción derivada del pago realizado por subrogación. Esta última posibilidad contrarresta los propios fundamentos de la representación voluntaria, pues el acto representativo no ha tenido efectos palpables en la esfera jurídica del deudor/representado, sino que simplemente ha provocado un cambio en el elemento subjetivo de la relación jurídica obligatoria.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBALADEJO, Manuel (2002): *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, 15^{ta} ed. Barcelona. Librería Bosch, S. L.

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel: *Curso de Derecho Civil*, redactado y puesto al día por Antonio VODANOVIC H., tomo III, *De las obligaciones*. Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
- ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, Roberto M. (1995): *Derecho de Obligaciones civiles y comerciales*, reimpresión. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio (2000): *Curso de Derecho de Obligaciones, Teoría general de la obligación*, Vol. I. Madrid, España, Civitas Ediciones, S. L.
- BADENAS CARPIO (1998): *Apoderamiento y representación voluntaria*, Madrid: Editorial Arazandi.
- BARROS ERRAZURIZ, Alfredo (1932): *Curso de Derecho Civil. Trata de los Contratos y demás fuentes de las Obligaciones*, volumen III, 4^{ta}. ed., corregida y aumentada. Santiago de Chile, Editorial Nascimento.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José (1956): *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BORDA, Guillermo A. (1998): *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, tomo II. Argentina, Abeledo-Perrot.
- (1999): *Tratado de Derecho Civil-Contratos*, tomo II. Argentina: Abeledo-Perrot.
- BUERES, Alberto J. y MAYO, Jorge A. (1994): «Algunas ideas básicas para una teoría de la representación» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 6. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 53-63.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1987): *Derecho civil español, común y foral*, reimpresión XIV, revisada y puesta al día por José Luis DE LOS MOZOS, tomo I, volumen segundo. Madrid, Editorial REUS, S.A.
- CARIOTA FERRERA, Luigi (1956): *El negocio jurídico*, traducción del italiano, prólogo y notas de Manuel Albaladejo. Madrid, Aguilar S. A.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel (1986): «El pago: el papel de la voluntad de acreedor y deudor» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXIX, Fascículo II, abril-junio, págs. 537-570.
- (1990): «La formulación dogmática de la obligación», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, Fascículo II, abril-junio, págs. 475-494.
- DE PRADA SOLAESA, María del Pilar (1995): «El Negocio Jurídico de Apoderamiento», en *Contratos de Gestión* publicado por *Cuadernos y Estudios Consejo General del Poder Judicial*, número 9, págs. 87-134.
- DÍAZ PAIRO, Antonio (1960): *Teoría General de las Obligaciones*, 4^a. ed. revisada. La Habana, Librería Martí, volumen I.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis (1964): «El contenido de la relación obligatoria» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XVII, fascículo II, abril-junio, pág. 349-366.
- (1979): *La representación en el Derecho Privado*, Madrid, Editorial Civitas, S.A.
- DELGADO VERGARA, Teresa (2003): «El cumplimiento o pago de las obligaciones» en OJEDA RODRIGUEZ, Nancy de la Caridad y DELGADO VERGARA, Teresa, *Teoría General de las obligaciones: comentario al Código Civil cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, págs. 212-227.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz (2006): *La representación indirecta*. Madrid, Editorial Arazandi, S.A.
- HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil Obligaciones* (1969): 1^a ed. Bogotá: Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

- HUPKA, Josef (1930): «La representación voluntaria en los negocios jurídicos», traducción del alemán y notas por Luis SANCHO SERAL, 1ª ed. Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (1979): *Elementos de Derecho Civil, Derechos de obligaciones*, volumen tercero, *Contratos y cuasicontratos*, con la colaboración de Agustín LUNA-SERRANO y Jesús DELGADO ECHAVARRÍA, tomo II. Barcelona, Librería Bosch.
- LASARTE, Carlos (2012): «La Subrogación por pago del tercero», Documento de trabajo, en versión provisional, fechada a 9 de octubre de 2012, para ser difundida con ocasión de las XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 de octubre de 2012. [En línea] Disponible en www.derehocivil.net/.../CLASARTE-Subrogpagotercero-9oct2012.pdf [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].
- LLAMBIAS, Jorge J.; RAFFO BENEGAS, Patricio; SASSOT, Rafael A. (1997): *Manual de Derecho Civil Obligaciones*, 11ª ed., Buenos Aires: Perrot. Argentina.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (1995): «La Gestión Típica Derivada del mandato en contrato de gestión» en *Contratos de Gestión*. España, Cuadernos y Estudios Consejo General del Poder Judicial, número 9, págs. 65-85.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (1994): «Problemas actuales de la representación y el mandato» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 6. Santa Fe, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 65-87.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, (2013): «El cumplimiento de las obligaciones y sus subrogados en el Derecho Navarro», [En línea] disponible en www.navarra.es/appsext/DescargarFichero/default.aspx?fichero [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2013].
- MENA-BERNAL ESCOBAR, María José (1990): «Doctrina reciente en torno al pago o cumplimiento de las obligaciones (en torno a una obra de Cristóbal Montes)» en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año XLIV, No. 1559, 5 de abril, págs. 1786-1796.
- MOISSET DE ESPANÉS, Luis (2001): «La obligación y sus elementos esenciales en el Código civil paraguayo de 1986» en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LIV, Fascículo IV, octubre-diciembre, págs. 1371-1448.
- MONTÉS PENADES, Vicente Luis (1995): «Perfiles Jurídicos de la Relación de Gestión» en *Contratos de Gestión*. España, Cuadernos y Estudios Consejo General del Poder Judicial, número 9, págs. 11-64.
- MORETÓN SANZ, María Fernanda: «Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español (La *vicenda* modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales)» (2008), *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXI, fascículo II, págs. 619-719.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge (1994): «La representación. Origen, evolución, Derecho Comparado y proyectos de reforma» en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 6. Santa Fe, Argentina: Editorial Rubinzal-Culzoni, págs. 9-52.
- ORDELIN FONT, Jorge Luis, (2013): «La representación voluntaria y el contrato de gestión. Algunas consideraciones desde Código Civil cubano», *Actas Oficiales del I Congreso Internacional Virtual El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas: Concordancias y Peculiaridades*; Disponible en www.Eumed.net [Fecha de consulta: 5 de enero de 20014].
- PRIETO VALDÉS, Martha; MATILLA CORREA, Andry; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., (2006): «Aproximación al estudio de algunos principios

- generales del Derecho y de su reconocimiento legal y jurisprudencial», en *Revista Jurídica*, Año 8, núm. 13, enero-diciembre La Habana: MINJUS.
- PRIORI POSADA, Giovanni (s.a): «Facultad y origen de la representación» en *Código Civil. Comentado por los 100 mejores especialistas*, tomo I, bajo la dirección de ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Lima, Ediciones Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- RUGGIERO, Roberto de (1929), *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª edición italiana, anotada y concordada por la legislación española, volumen primero y segundo Ramón SERRANO SUÑER y José SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, Editorial REUS.
- SALAS MURILLO, Sofía de (2005): «El cumplimiento del contrato en el anteproyecto de Código europeo de contratos», *Revista de Derecho Privado*, números 9-10, septiembre-octubre 2005, (págs. 31-81)
- SCAEVOLA, Quintus Mucius (1949): *Código Civil*, continuado por BONET RAMÓN, Francisco, Madrid, Instituto Editorial Reus, tomo XXVI, volumen I.

NORMAS CITADAS

- Código Civil de Chile* de noviembre 22 de 1855 comenzó a regir desde el 1 de enero de 1857, Actualizado, incluye modificaciones introducidas por la Ley 19585 sobre Filiación.
- Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887 última modificación de 5 de junio de 2009.
- Código Civil del Reino de España*, de 6 de octubre de 1888 publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. Gaceta de 25 de julio de 1889 con las modificaciones introducidas por Ley 15/2005, de 8 de julio.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay* sancionado en 1914.
- Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal* de 30 de agosto de 1928.
- Código Civil de la República de Ecuador*, Codificación RO-S 104 de 20 de noviembre de 1970.
- Código Civil de Bolivia* Decreto Ley número 12760/1975 de 6 agosto, Gaceta Núm. 800 del 15 de agosto de 1975.
- Código de la República Bolivariana de Venezuela*, 2005-010, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, Caracas, lunes 26 de julio de 1982, Número 2.990 Extraordinario.
- Código Civil de Perú* Decreto Legislativo Núm. 295, promulgado el 24 de julio de 1984.
- Código Civil del Paraguay*, Ley número 1183/85 en vigor desde el 1º de enero de 1987.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

- STC 4737/2013 por la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, sede Madrid, siendo ponente Francisco Javier ARROYO FIESTAS.
- STC 504/2013, dictada en el Recurso de Apelación No. 735/2011, Roj: SAP S 494/2013, Audiencia Provincial Santander siendo Ponente: Bruno ARIAS BERRIOATEGORTUA.

- STC 480/2013 dictada en el Recurso de Apelación No. 79/2012, Roj: SAP S 755/2013, Audiencia Provincial Santander siendo ponente Miguel Carlos FERNÁNDEZ DIEZ.
- STC 411/2013 dictada en el Procedimiento Civil No. 903/2012, Roj: SAP V 4597/2013, Audiencia Provincial Valencia siendo ponente Salvador Urbino MARTÍNEZ CARRIÓN.
- STC 208/2013, dictada en el recurso número 597/2012, por la Sección 3 de la Audiencia Provincial Coruña (A), Roj: SAP C 1220/2013.
- STC 472/2013, dictada en la Audiencia Provincial de Alicante, Roj: SAP A 2956/2013, número de recurso: 1040/2012, siendo ponente el magistrado José Antonio PÉREZ NEVOT.

NOTAS

¹ Para LORENZETTI hoy se pone de manifiesto un resquebrajamiento, una insuficiencia del mandato y la representación como categorías diseñadas como proyección del sujeto. Para este autor el fenómeno que se observa actualmente es que empresas profesionales de mandatarios incitan a los mandantes a que les den ese encargo. Las instrucciones no las da habitualmente el mandante, ya que este se limita a señalar un «propósito práctico general». A su vez, la masividad de mandantes conforma un grupo que tiene relevancia normativa; de ahí que la ley, y no la voluntad del mandante, asuma un rol importantísimo. LORENZETTI, (1994) pág. 66.

² Cfr: MOSSET ITURRASPE (1994) págs. 9-52; BUERES y MAYO (1994) PÁGS. 53-63; LORENZETTI, (1994) págs. 65-87 Otros partidarios de esta posición son BADENAS CARPIO (1998) y DE PRADA SOLAESA, (1995). Sobre las diversas posiciones que la doctrina y la legislación han esgrimido en el tema de la representación voluntaria, Vid. ORDELIN FONT, Jorge Luis.

³ La comisión integrada por los doctores Ricardo Luis LORENZETTI, como Presidente y Elena HIGHTONDE NOLASCO y Aida KEMELMAJER DE CARLUCCI, que presentó los *Fundamentos del «Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación»* expone en los mismos: «Corresponde aclarar, y tal como se desprende de los textos proyectados, que la única representación verdadera y propia exige la *contemplatio domini*, quedando fuera de lugar la denominada «representación indirecta». Sería una incongruencia admitir la figura, pues quien actúa por poder de otro sin habérsele conferido, ni ser tampoco «*falsus procurator*», puede ser ratificado en su gestión, y ello es reconocerle una representación en su cabal significado. Para la «representación indirecta» están otras figuras. La pureza de los institutos se vería, de otro modo falsificada. De allí que también debe exigirse la actuación «*in nomine alieno*» como esencial a la categoría». Igual criterio sigue PRIORI POSADA, (s. a) pág. 613.

⁴ Esta posición de la representación voluntaria y de la representación en general es defendida por DIÉZ PICAZO, (1979), y tiene como principales partidarios, al menos en sus elementos fundamentales a ALBALADEJO (2002); MONTÉS PENADES, (1995); LÓPEZ Y LÓPEZ (1995); FERNÁNDEZ GREGORACI, (2006).

⁵ MONTÉS PENADES, afirma: «Si bien es cierto que el apoderamiento puede deberse a diversas relaciones típicas (mandato, sociedad, contrato de trabajo, etc.) y en ese sentido puede decirse que no tiene causa en sí mismo, sino en la relación de que se trate, no es menos cierto lo que vamos a poner de relieve a continuación: en primer lugar, que es difícil de concebir un apoderamiento totalmente desligado de una relación causal. Por otra parte, la concesión de un poder a través del pertinente negocio de apoderamiento suele implicar la idea de gestión, ya como colabora-

ción, ya como sustitución», *Vid.* MONTÉS PENADES, (1995) pág. 11; por su parte LÓPEZ Y LÓPEZ, expresa: «El propio mandato, en sí, es determinante de la existencia del poder», *Vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, (1995) pág. 65, GONZÁLEZ ENRIQUEZ, Manuel explica «la representación (poder) siempre tiene trae su causa en un mandato o en otro negocio». *cit. pos.* BADENAS CARPIO, (1998) pág. 192.

⁶ Para conceptualizar el poder, se han utilizado disímiles términos, el más frecuente ha sido el de autorización. RUGGIERO, (1929), pág. 275; CASTÁN TOBEÑAS, (1987) pág. 862; ALBALADEJO, M., (2002) pág. 800; HUPKA, (1930) pág. 29. El término autorización también es utilizado por CARIOTA FERRERA para fundamentar la legitimidad de la figura de la representación indirecta, es decir el origen del poder de representación en este tipo de representación, entendiendo como tal el negocio atributivo del poder de disponer eficazmente en nombre propio de derechos del autorizante. De esta forma el poder y la autorización son negocios causales, unilaterales y recepticios. *Vid.* CARIOTA FERRERA, (1956), pág. 589. Por su parte DIEZ PICAZO considera que el término autorización no es más que una falta de precisión técnica que obedece a su falta de tradición en la ciencia jurídica. *Vid.* DIEZ PICAZO, (1979) pág. 129.

⁷ En este sentido DIEZ PICAZO ha planteado «Hoy en día está en crisis también la distinción de LABAND entre mandato y poder» *Vid.* DIEZ PICAZO, L., (1979) pág. 43. Esta posición, en la que parece que irremediablemente el poder unilateral y recepticio tiende a desaparecer se ve confirmada por la tesis que sustenta que el mandato y cualquier otro contrato que tenga por finalidad la gestión de negocios ajenos, por sí solos, y si en ellos no se expresa lo contrario, autorizan al mandatario o gestor para actuar eficazmente en nombre del mandante o en general, del *dominus negotii*. *Vid.* FERNÁNDEZ GREGORACI, (2006) págs. 106 y sigs. Al respecto además de la doctrina anteriormente citada que comulga con esta posición el autor argentino BORDA ha planteado, «Aunque todo esto es exacto, (diferencia entre representación y mandato) quizás haya alguna exageración en la insistencia con que hoy se destaca la diferencia entre representación y mandato. El mandato es casi siempre representativo y aun en los casos en que no lo es, la gestión que realiza el mandatario debe ser de una índole tal que pueda ser objeto de representación. Lo que pone de relieve que la idea de la representación está siempre presente en el mandato, sea ostensible u oculto». *Vid.* BORDA, (1999), pág. 361. Por supuesto que esta posición, modifica sustancialmente los argumentos esgrimidos en la distinción entre mandato y representación, al respecto *Cfr.* DIEZ PICAZO, (1979) págs. 63 y sigs.

⁸ FERNÁNDEZ GREGORACI, (2006) pág. 93, al respecto puede también consultarse DIEZ PICAZO, (1979) pág. 40 y ALBALADEJO, (2002) pág. 804. En este caso se habla de una declaración de los que lo celebran, que puede ser expresa o tácita.

⁹ Este concepto también es aplicable a cuando existe la ratificación, esta supone que la gestión ya ha sido materializada con la conclusión de un negocio representativo que será válido en la esfera jurídica ajena a partir de la manifestación de voluntad que al respecto realice el *dominus*. En este caso no existió poder de representación.

¹⁰ BARASSI *cit. pos.* BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, (1956) pág. 44. Por su parte PASCUAL ESTEVEL, prefiere denominarlo «semi cumplimiento» *Vid.* PASCUAL ESTEVEL, Luis *cit. pos.* MENA-BERNAL ESCOBAR, (1990), pág. 1789.

¹¹ En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE nos recuerda que el interés satisfecho con la prestación no es puramente subjetivo, o psicológico, sino que se encuentra objetivado en la propia prestación. *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2013), pág. 12.

¹² «El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por *sus representantes* o por cualquiera otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación». Artículo 2065 del *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal*.

¹³ BARROS ERRAZURIZ, (1932) pág. 193. En igual sentido se pronuncia HINESTROSA (1969), pág. 105; y ALESSANDRI RODRIGUEZ Y SOMARRIVA UNDURRAGA, (s.a), pág. 280.

¹⁴ Podemos citar, entre los partidarios de esta posición, al propio BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO; CRISTÓBAL MONTES; BARROS ERRAZURIZ, A.; ALTERINI, Atilio Aníbal, AMEAL, Óscar José, LÓPEZ CABANA, (1995), pág. 94; para autores como DIEZ PICAZO Y GULLÓN, es un acto jurídico debido, porque el deudor obligado a observar la conducta prescrita en la obligación.

Vid. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, (1992), pág. 178. Sin embargo autores como BORDA, sostienen que la distinción entre acto jurídico y acto debido no tiene verdadera relevancia, para este autor es más importante precisar que es un acto jurídico unilateral. Vid. BORDA, (1999), tomo I, pág. 441.

¹⁵ El propio autor expone que cuando se trata de cumplimiento normal de la deuda realmente existente, basta la congruencia de la prestación con el contenido de la obligación, siendo superflua la voluntad de cumplir, que no se exige de un modo específico en la ley. La actividad del deudor o del que cumple en su nombre, no tiene, por consiguiente, el valor de una declaración especial de voluntad. Vid. BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, (1956) pág. 157.

¹⁶ Para ALTERINI, Atilio Aníbal y *et al.* si bien es cierto que no hay un pago, por carencia de *animus solvendi*, la obligación igualmente se extingue: el acreedor se satisface, obtiene su finalidad y si el deudor pretende la devolución de lo que dio sin *animus solvendi*, el acreedor puede sostener que ese crédito por devolución se ha neutralizado, por compensación, con el crédito que él tiene contra el deudor por cumplimiento de su deuda. Vid. ALTERINI, *et. al* (1995) pág. 95.

¹⁷ CRISTÓBAL MONTES, «el tercero, a diferencia de lo que ocurre con el deudor, no está vinculado en la relación obligatoria, y, por tanto, si se prescinde de su *animus solvendi* se pierde también todo punto de referencia y aun de justificación respecto a su incidencia en el débito ajeno *cit. pos.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2013) p.16, y por MENA-BERNAL ESCOBAR, María José, (1990) pág. 1789.

¹⁸ Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo español en múltiples sentencias citadas por las Audiencias Provinciales, dentro de estas últimas pueden mencionarse, Sentencia Núm. 504/2013, dictada en el Recurso de Apelación Núm. 735/2011, Roj: SAP S 494/2013, Audiencia Provincial Santander siendo Ponente: Bruno Arias Berrioategortua; Sentencia Núm. 480/2013 dictada en el Recurso de Apelación Núm. 79/2012, Roj: SAP S 755/2013, Audiencia Provincial Santander siendo ponente Miguel Carlos Fernández Díez; Sentencia Núm. 411/2013 dictada en el Procedimiento Civil Núm. 903/2012, Roj: SAP V 4597/2013, Audiencia Provincial Valencia siendo ponente Salvador Urbino Martínez Carrión.

¹⁹ La subjetiva comprende el desconocimiento de un hecho, un estado psicológico, valorable jurídicamente a los fines de determinar el tratamiento que el sujeto ha de recibir. Es la convicción o persuasión de actuar conforme a Derecho, sin lesionar los derechos de tercero. La objetiva es vista como estándar o patrón de conducta, implica un espíritu de lealtad, hábito viril de firmeza, claridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que según la conciencia general deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales. Es un criterio objetivo de valoración, un estándar o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales. Se trata del patrón de comportamiento del hombre medio, de la conducta social media, de la de aquel que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosímelmente ha entendido o pudo entender. Vid. PRIETO VALDÉS, *et. al* (2006) págs. 18 y 19.

²⁰ Es unánime la regulación deferida por los ordenamientos jurídicos de tener por válido el pago realizado a quien estuviere en posesión del crédito, dígase acreedor aparente, siempre y cuando este pago se haya realizado bajo la creencia de la buena fe. Cfr. Artículo 1576. *Código Civil de Chile*; artículo 298 *Código Civil de Bolivia*; artículo 1634 *Código Civil de la República de Colombia*; artículo 551 *Código Civil del Paraguay*; artículo 1455 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*; artículo 1592 *Código Civil de la República de Ecuador*; artículo 1.287 *Código de la República Bolivariana de Venezuela*.

²¹ Considero que el deber de diligencia no debe estar determinado por el principal en la instrucciones, no obstante sigue siendo este un marco de actuación exclusivamente privado del representante y no del representado, si bien trasciende a cumplimiento cabal del encargo.

²² Tal como lo prevé el anteproyecto de código europeo de contratos en su artículo 75. 1, donde se deja claramente establecido como en el cumplimiento de sus obligaciones *el deudor debe comportarse conforme a lo convenido por las partes, a la buena fe y a la diligencia exigible en cada caso específico, teniendo como base los acuerdos, las circunstancias y la práctica corriente*. Por su parte los ordenamientos jurídicos boliviano y venezolano, los que

coinciden en establecer que en el cumplimiento de la obligación el deudor deberá emplear la diligencia de un buen padre de familia. *Vid.* SALAS MURILLO, (2005), págs. 31-81 y artículo 302 *Código Civil de Bolivia* y artículo 1270 *Código de la República Bolivariana de Venezuela*.

²³ Las diferencias que existen entre el mandato tácito y la ratificación quedan expuestas en la Sentencia número 208/2013, dictada en el recurso número 597/2012, por la Sección 3 de la Audiencia Provincial A Coruña, Roj: SAP C 1220/2013, siendo ponente Rafael Jesús Fernández-Porto García. «(...) No puede confundirse el mandato tácito con la contratación en nombre de otro sin ostentar su representación; y tampoco puede olvidarse que, incluso aunque no existiese dicha facultad, desde el momento en que se ratifica por el representado, se está convalidando. El apoderamiento tácito, por tratarse de un verdadero mandato, no necesita de ratificación alguna, mientras que la ratificación posterior de un apoderamiento aparente subsana el defecto de apoderamiento y el tercero que contrató fiado por esta apariencia de poder no necesita invocar su condición de buena fe para eludir las consecuencias de la falta de representación. (...) En todo caso, un contrato celebrado en nombre de otro sin ostentar la representación para ello, pueda ser ratificado por aquel a nombre de quien contrató, y que esta ratificación pueda ser, no solo expresa, sino también tácita, con el consiguiente efecto de validar el negocio (artículo 1259 del Código Civil). (...) [Ts. 27 de noviembre de 2012 (Roj: STS 8862/2012, recurso 1020/2010), 4 de octubre de 2011 (resolución 661/2011, en el recurso 162/2010) y 30 de marzo de 2011 (Roj: STS 1807/2011, recurso 2266/2007)].». En similar sentido se pronuncia la Sentencia número 575/2013, número de recurso 684/2011, dictada en Roj: STS 4737/2013 por la Sala de lo Civil Tribunal Supremo, sede Madrid, siendo ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas (...) *sancionando la sentencia de 2 de junio de 1981* que el mandato tácito ha de derivar de actos que impliquen necesariamente de un modo evidente y palmario la intención de obligarse, debiendo acreditarse en debida forma las facultades conferidas al mandatario, lo que es cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal sentenciador en la instancia, (...) resaltando, por último, la sentencia de 5 de abril de 1950, en interpretación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1727 del Código Civil, que la ratificación tácita tiene lugar cuando el mandante sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero (SSTS 27 de diciembre de 1966; 10 de octubre de 1963; 10 de mayo de 1984; 3 de julio 1987; 18 de diciembre 2006; 10 de mayo 2007).

²⁴ Artículo 1222 *Código Civil de Perú*; artículo 1158 *Código Civil del Reino de España*; artículo 295 *Código Civil de Bolivia*; artículo 1450 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*.

²⁵ Artículo 1572 *Código Civil de Chile*; artículo 1630 *Código Civil de la República de Colombia*; artículo 1588 *Código Civil de la República de Ecuador*.

²⁶ Sentencia número 472/2013, dictada en la Audiencia Provincial de Alicante, Roj: SAP A 2956/2013, número de recurso: 1040/2012, siendo ponente el magistrado José Antonio Pérez Nevot.

²⁷ Para BORDA la conformidad del deudor implica una situación similar a la del mandato. Para ALTERINI *et. al.*, la situación de ese tercero, cuando el deudor asiente a su actuación, es la de un mandatario, si lo envió a pagar, es un caso de mandato expreso (art. 1869, Cód. Civ.) y, si guardó silencio, o no impidió, pudiendo hacerlo, la actuación del tercero, se da un supuesto de mandato tácito (art. 1874, Cód. Civ.). *Cfr.* BORDA., (1999) pág. 446; ALTERINI, *et. al.* (1995) pág. 98.

²⁸ Artículo 2066 y 2069 *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal*.

²⁹ Artículo 2058. *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República de México en materia federal*.

³⁰ LLAMBIAS, *et. al.* (1997) pág. 382. Por su parte Díez PICAZO identifica como uno de los posibles intereses que mueven al *solvens* a cumplir cuando paga porque ha recibido una delegación o mandato de pago del deudor y lo hace porque con ello cumplirá una deuda

propia frente al delegante. Supuesto en el cual estamos en presencia, para este autor de un interés en el cumplimiento de la obligación, calificado a su vez por LASARTE como interés indirecto del *solvens*, que únicamente puede individualizarse si se atiende a las consecuencias perjudiciales que para el mismo comportaría el incumplimiento del deudor. Díez PICAZO *cit. pos.* LASARTE, (2012) pág. 35.

³¹ Artículo 539 *Código Civil del Paraguay*.

³² Artículo 550 *Código Civil del Paraguay*.

³³ Artículo 1610.5 *Código Civil de Chile*; artículo 1668.5 *Código Civil de la República de Colombia*; artículo 1472.5 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*; artículo 1626.5 *Código Civil de la República de Ecuador*.

³⁴ artículo 1261.2 *Código Civil de Perú* (subrogación convencional); artículo 1260.2 *Código Civil de Perú* (subrogación legal).

³⁵ Artículo 594, b y c. *Código Civil del Paraguay*. El ordenamiento jurídico español también sostiene la distinción entre el pago realizado con interés o no en el cumplimiento de la obligación, requiriéndose en el último caso la aprobación expresa o tácita del deudor, sin embargo no se establece distinción entre el pago con subrogación convencional o legal, sino que en ambos supuesto se presume la subrogación artículo 1.210. 2.3. *Código Civil del Reino de España*.

³⁶ «La subrogación es una ficción jurídica por la cual una obligación extinguida por el pago hecho por un tercero, se juzga que continúa a favor de este, como si formase una misma persona con el acreedor». artículo 1468 *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*.

*(Trabajo recibido el 18-03-2014 y aceptado
para su publicación el 21-04-2014)*

La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio (Aportaciones de la sentencia del TS de 26 de octubre de 2012)

Parental Responsibility and Change of a Child's Address by the Parent Who Has Custody

por

M.^a DE LAS VICTORIAS RODRÍGUEZ ESCUDERO
*Profesora Titular de Derecho Civil de la Escuela Universitaria
de la Universidad de Oviedo*

RESUMEN: El ejercicio de la patria potestad presenta un complejo conjunto de derechos y obligaciones, de gran responsabilidad y que adquiere mayor complejidad en los casos de separación o divorcio. La distribución de funciones entre los padres no es una tarea fácil ni pacífica que genera un buen número de enfrentamientos entre las partes a pesar del cuidado con que el juez y el legislador las hayan dispuesto. El establecimiento de acuerdos entre las partes ante la eventualidad de crisis en la pareja es otra forma de abordar el problema por algunas legislaciones más modernas. Dentro de esos deberes, se suscita si el cambio del domicilio por el progenitor custodio le corresponde a él, o si por el contrario, es una decisión común de patria potestad. Las consecuencias pueden ser delicadas, si además el cambio del domicilio es a un país extranjero. La jurisprudencia ha ido interpretando el Ordenamiento de forma que a pesar

de los intereses enfrentados, la primacía sigue siendo atender lo que mejor convenga al menor.

ABSTRACT: The exercise of the parental authority presents a complex set of rights and obligations, of great responsibility and that acquires greater complexity in cases of separation or divorce. The distribution of functions between the parents is not an easy task nor Pacific generated a number of clashes between the sides despite the care with which the judge and the legislature have arranged them. The establishment of agreements between the parties in the event of crisis in the couple is another way to address the problem by some more modern legislation. Within these duties, it raises if the change of domicile to the parent custodian corresponds to it, or if on the contrary, it is a common parental decision. The consequences can be sensitive, if the change of domicile is in a foreign country. The jurisprudence has been interpreting the order in a way that despite the conflicting interests, the primacy continues to be ate.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad. El interés del menor. Domicilio. Conflicto de intereses. Guardia y custodia. Derechos del niño

KEY WORDS: Parental authority. The child's interests. Domicile. Conflict of interests. Guardianship and custody. The rights of the child

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHOS Y DEBERES QUE CONFORMAN LA PATRIA POTESTAD.—III. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO.—IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL CAMBIO DEL DOMICILIO POR EL PROGENITOR CUSTODIO.—V. CONFLICTO DE INTERESES: INTERÉS DEL MENOR Y DEL PROGENITOR.—VI. CRITERIOS DE INTERVENCIÓN ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LOS PROGENITORES EN LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO DEL MENOR.—VII. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES QUE DERIVAN DE LA PATRIA POTESTAD.—VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Pese al esfuerzo realizado en el Derecho español y sea digna de elogio la mejora en general de la legislación en materia de Derecho de familia, y especialmente las de patria potestad cuando los progenitores del menor están separados, sin embargo surgen situaciones que plantean retos distintos, que una vez más

solo se podrán solucionar dando prioridad al interés prevalente del menor. Me referiré al supuesto de separación y el progenitor custodio cambia de domicilio dentro del país o se va al extranjero con el menor sin el consentimiento del otro progenitor y, en su caso de autorización judicial. Los efectos inmediatos se traducen en un régimen de visitas alterado para el progenitor no custodio y una merma en su relación con el menor.

No cabe duda que la situación plantea serias dificultades, y en todo caso las respuestas han de ser resueltas dentro de los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos del niño, los textos de la Unión Europea, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Unión Europea al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹.

Si bien la situación no es nueva, sí es cada vez más frecuente el que los cónyuges cambien de domicilio, produciéndose importantes repercusiones si el traslado de domicilio es en el extranjero y la situación viene precedida de una ruptura matrimonial o de hecho, si entre los deberes de guarda y custodia está el del cambio de domicilio del menor o si por el contrario está en los deberes comprendidos en la patria potestad conjunta. No cabe duda que si existe acuerdo entre ambos progenitores cesa el problema o remite, pero cuando se plantea en toda su dimensión es contra el consentimiento del otro progenitor, que a la vez como primera consecuencia ve alterado notablemente su derecho de visitas. Otro interrogante que se plantea no menor, es el conflicto de intereses entre las tres partes involucradas, el interés del hijo, el del progenitor que tiene la oportunidad de cambiar de ubicación al extranjero, bien sea por una oferta de trabajo, nuevas expectativas de vida o por otros motivos dignos de atención y amparado por el artículo 19 de la CE y el interés del progenitor no custodio.

Sin pretender abarcar la problemática surgida, me parece digna de elogio la STS de 26 de octubre de 2012 que paso a comentar, articulándola con otras anteriores que han hecho posible que una cuestión de la envergadura que tratamos pueda solucionarse de una manera justa, sobre todo haciendo una interpretación de nuestro ordenamiento que no deja dudas, ni vacíos normativos, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

El TS resolvió «la devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y de sus padres».

Se trata de una doctrina que comienza a ser más reiterada en el Derecho Español que cambia significativamente la tesis mantenida hasta el momento de que al progenitor custodio le corresponde fijar el domicilio del menor a su cargo.

El caso era el siguiente... D. Cirilo, formuló sendas demandas de medidas provisionales y definitivas de guarda, custodia y alimentos respecto de la menor Claudia, nacida de la relación sentimental con D.^a Magdalena. Ponía de relieve que ambos nunca llegaron a convivir y que la ruptura definitiva se produjo a los pocos meses de nacer la menor. Expone, asimismo, diversas vicisitudes de la vida de la pareja desde el nacimiento de la menor, entre otras, el traslado de la madre por motivos profesionales a la ciudad de Nueva York junto con la menor (con el consentimiento paterno) y otro traslado a la misma ciudad durante el cual la menor permaneció con el padre en Valladolid. Durante todo este tiempo, el consenso entre los progenitores sobre la situación de la niña fue total. Ocurre que el padre, llegado un momento determinado, considera que existe una inestabilidad laboral de la madre, que influye negativamente en la formación de la menor Claudia, y revoca el consentimiento dado con anterioridad para que esta se desplace a Nueva York con su madre, insta incluso del Juzgado de Familia una medida de prohibición de salida del territorio, pero al contactar con su expareja, esta le comunica que ya se encuentra en Nueva York con la hija común (el demandante aporta auto del Juzgado de Primera Instancia 10 de Valladolid en que se requiere a la demandada para que se abstenga de viajar fuera del territorio nacional con la menor y ordena la prohibición de la menor de salir del territorio sin autorización judicial). Pretende el actor, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia de la menor para el caso de que la madre resida fuera de Valladolid y la guarda y custodia compartida para el caso de que la madre residiese definitivamente en Valladolid, solicita un régimen de visitas para la madre, así como pensión de alimentos para la menor.

La sentencia de primera instancia confirmó en su integridad el auto de medidas provisionales (que es la resolución que en definitiva contiene todas las medidas paterno-filiales). Se fija en dicho auto, confirmado por la sentencia, que si la madre residiese en Valladolid se le atribuye la guarda y custodia, con un régimen de visitas ordinario para el padre y pensión de alimentos a su cargo. Sin embargo, si la madre residiese en Nueva York, se le atribuye la guarda y custodia al padre, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre de un fin de semana completo al mes, así como la mitad de las vacaciones de invierno y de verano, con obligación de abonar pensión de alimentos.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y determinó que la guarda y custodia de la menor se atribuye a la madre, siendo esta la que estará facultada para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija, determinando que el régimen de visitas, para el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York, será *«el que ambos progenitores pactaron y se fijó en la*

resolución recurrida», siendo el régimen de visitas el ordinario mientras la menor viva en Valladolid. Fija también una pensión de alimentos a cargo del padre.

Recurre en casación la parte actora, D. Cirilo, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC 2000 (*La Ley 58/2000*), únicamente respecto del pronunciamiento relativo al régimen de visitas y a la cuestión relativa a si la madre puede unilateralmente fijar el domicilio de la menor o es necesario el consenso con el padre. El escrito del Ministerio Fiscal apoya el recurso.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por el padre, casa y anula la sentencia recurrida y repone las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

Si bien la cuestión a tratar incide en considerables ámbitos de patria potestad, custodia compartida, interés del menor, etc., haré un esfuerzo lo más riguroso posible para centrarme en las repercusiones que representa esta sentencia del TS respecto del problema planteado y la solución dada al mismo.

2. DERECHOS Y DEBERES QUE CONFORMAN LA PATRIA POTESTAD

El artículo 156.1º del Código Civil advierte que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad». El último párrafo «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio» y el art 92.4º decide que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez decidir que la misma sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos, siempre en beneficio de los hijos.

Tal como ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, «La patria potestad se configura en la actualidad como una función que deben ejercer los progenitores siempre en interés del menor sometido a ella, tal y como establece el artículo 154 del Código Civil. Según dicho precepto, su contenido sería velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Pero este listado debe considerarse meramente enunciativo. El resumen de las obligaciones que comprende se contiene en la primera: «velar por ellos». Es decir, cuidarlos con todo el mimo y atención que requieren, para conseguir un desarrollo físico y de la personalidad acorde con la realidad actual y sus potencialidades. Actuación que

debe realizarse siempre en su beneficio, por encima de los egoístas intereses que en algún momento puedan tentar a los progenitores. En la concepción actual los hijos no son «propiedad» de los padres. Por encima de sus intereses están siempre los intereses de los menores. La guarda y custodia es uno de los elementos que componen las obligaciones de la patria potestad. Es el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía, y prestarle la atención inmediata en las necesidades de la vida diaria. Pero no es la atribución en exclusiva de la patria potestad. Ni tampoco de los demás elementos que componen esta institución. Las decisiones importantes que afectan directa y seriamente a la vida del menor, como son mudar el domicilio a otra ciudad, cambiar de centro escolar, suplir su consentimiento para intervenciones quirúrgicas, etcétera, suponen el ejercicio máximo de las facultades de la patria potestad. Por lo que si los titulares no actúan de consuno, deberán solicitar la resolución judicial, conforme prevé el artículo 156 del Código Civil»².

La sentencia objeto de comentario, señala al respecto que «Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio». La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores³.

En el derecho moderno la doctrina concibe la patria potestad como el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de la carga que les incumbe respecto a su sostenimiento y educación y que pesa sobre dichos padres; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo, entre los cuales, nuestro Código Civil señala los de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos; cada uno de cuyos deberes puede sufrir las determinadas limitaciones que los Tribunales juzguen convenientes en interés del menor y en atención a las circunstancias especiales de cada caso concreto. Así la patria potestad está repleta de obligaciones para los padres y de limitaciones en cuanto a su ejercicio para poder cumplir su función principal: el interés del hijo.

3. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO

En la práctica es frecuente que ambos padres ostenten la patria potestad, pero solo uno tenga la guarda y custodia en casos de separación o divorcio, y

este considera que está autorizado sin más a tomar y adoptar unilateralmente todas las decisiones que afecten a la vida del menor sin consultar con el otro progenitor. A fin de evitar los conflictos que pueden surgir en el ejercicio de la patria potestad es conveniente incluir en el propio convenio qué decisiones puede adoptar el que ostenta en ese momento la guarda y custodia y cuáles han de ser tomadas conjuntamente. Los actos de ejercicio ordinario que puede adoptar unilateralmente el progenitor custodio son los que surgen «en el curso de la vida cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal u ordinaria en la educación y desarrollo del menor» y los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad aquellos que implica tomar decisiones de importancia que afectan a la vida del menor⁴.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO advierte que: «El progenitor que sea guardador de los hijos tiene los derechos y deberes equivalentes al pleno ejercicio de la patria potestad, que son los enumerados en el artículo 154, aunque con una doble limitación: el derecho de visita que tiene el cónyuge no guardador (art. 94) y ciertos derechos de vigilancia y control que se atribuyen a ese otro cónyuge. Lo habitual es que el cónyuge guardador tenga atribuido el ejercicio de la patria potestad, aunque la sentencia podrá establecer que sea ejercida conjuntamente por ambos cónyuges. En cualquier caso, el cónyuge no guardador tiene el derecho-deber de vigilancia, que le permite seguir de cerca y comprobar la forma y diligencia con que el otro cónyuge cuida y educa a los hijos comunes. Este derecho de vigilancia tiene un sentido amplio, y en virtud del mismo el cónyuge no guardador podrá recabar de las otras noticias, sobre la salud física y moral de los hijos, vigilar su educación cívica y religiosa, la marcha de sus estudios, etc. Por lo tanto, el cónyuge guardador está obligado a suministrar esta información y también debe comunicarle las decisiones importantes que vaya a tomar en relación a los hijos»⁵.

Así se manifiesta en reiteradas sentencias «El bienestar de los hijos, las relaciones paterno-filiales y el derecho del progenitor que no tenga consigo sus hijos, piden que aquel a quien no le corresponda tenerlos consigo, pueda mantener una relación con ellos, que debe pretenderse sea lo más enriquecedora posible para ambos; a ello provee el legislador al disponer, en el artículo 94 del Código Civil, que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»⁶. Más contundente lo es la sentencia de la AP Castellón donde reconoce que «A la hora de abordar la problemática planteada, hemos de partir de una serie de consideraciones básicas». En nuestra opinión, la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Tampoco el artículo 156 párrafo último del Código Civil puede interpretarse en forma distinta a la que aquí postulamos, ya que nos parece claro que la previsión contenida en el mismo (cuando dice que «si los

padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel con quien el hijo conviva») se realiza en relación con los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, no en relación con actos de ejercicio extraordinario de la misma (en cuanto que concernientes a asuntos exorbitantes de lo que es ordinario, como puede ser un asunto tan trascendental para la vida del menor como puede ser un cambio de domicilio que afecte de forma relevante a la vida del menor y a sus intereses»)⁷.

No se trata de reconocer al progenitor no custodio una actitud pasiva, sin contenido, sino una participación en la educación y en los deberes conjuntos que tienen los padres respecto de sus hijos, que aun cuando estén separados se le permitan a ambos involucrarse plenamente en sus responsabilidades. En opinión de CORDERO CUTILLAS sobre la Ley de la Comunidad Valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece que, el progenitor no custodio sigue manteniendo sus deberes y responsabilidades para con sus hijos/as, en todos los ámbitos, puesto que debe seguir velando y proporcionando a sus hijos/as toda la protección para que se puedan desarrollar, adecuadamente, tanto física como emocionalmente. Sigue ejerciendo la patria potestad y ello implica la participación, junto con el otro progenitor, en las decisiones más trascendentales e importantes de la vida del menor y ello con total independencia de si habita o no de manera continuada con sus hijos o si tiene o no atribuida la guarda y custodia. Efectivamente, el progenitor custodio decide las cuestiones cotidianas que se produzcan diariamente⁸.

«El beneficio del menor exige que la asunción de riesgos sea mínima cuando no exista causa que lo justifique. Justificación que no se aprecia al existir una plena adaptación de los menores a su actual situación. Ahora bien, desde la perspectiva de relación paterno-filial el cambio de domicilio ha supuesto una considerable disminución de la misma y ello, es perjudicial para el desarrollo afectivo de los hijos. Se había convenido por los progenitores una relación paterno filial intensiva, sin duda conscientes de su importancia, por ello, esta Sala no acoge el criterio del Juzgador de instancia de limitarla por imposibilidad real, sino de compensar esta limitación en los períodos vacacionales con la finalidad de mantener tal relación en niveles similares y con el menor y más adecuado desplazamiento posible, a la par que se efectúa un llamamiento a los progenitores, especialmente a la madre, para que colaboren en su cumplimiento en la forma más adecuada a las circunstancias concretas de cada situación»⁹.

El artículo 160 del Código Civil señala: «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores...», lo que significa la obligación de garantizar al progenitor custodio la relación personal con el otro progenitor. El concepto «derecho a relacionarse» dispone de una mejor técnica legislativa, debido a que supone otorgar un sentido más amplio a dicha relación al abarcar tanto la visita, comunicación y estancia¹⁰.

Sin embargo se tiene que interpretar en un sentido mucho más amplio, ya que comprendería también la información y en general todo aquello que logre un mayor y mejor trato familiar. Es preciso abordar la obligación que tiene los progenitores de informarse mutuamente de los asuntos concernientes a la vida del menor. FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, plantea el problema muy frecuente en la práctica, de que el progenitor custodio oculte o no haga participe al no custodio de las incidencias no escolares, educativas o formativas y las relativas a la salud, alegando que el no custodio las puede obtener directamente del colegio o del ambulatorio o médico de familia y se hace eco a fin de evitar conflictos entre los progenitores de la introducción en el convenio de la siguiente cláusula:

«El progenitor custodio vendrá obligado/a a informar al otro progenitor de la evolución escolar, académica o universitaria de los menores, con periodicidad al menos trimestral, facilitándole al efecto copia de los boletines de notas o calificaciones escolares y de los informes generales referidos a su evolución, rendimiento y conducta en el centro docente. Asimismo deberá informar al padre no custodio de la/os menor/es de cuantas vicisitudes de importancia se produzcan en la vida de los mismos y, respecto de la salud a poner en conocimiento inmediato del otro progenitor cualquier dolencia o enfermedad grave del menor, y entregarle copia de cuanta documentación escrita conveniente a dichas dolencias o enfermedades obre en su poder (historia médica, informes clínicos, partes médicos, etc.)»¹¹.

Consciente del vacío que existe en el Derecho común sobre el contenido de este derecho, el Preámbulo del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, destaca como una de sus novedades, el abandono del principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.

Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han modificado sus legislaciones en esta dirección. Eso no impide, sin embargo que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y

en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que la reforma reciente del Código Civil de Cataluña en su libro segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda»¹², e introduce cambios de suma importancia no solo de terminología sino de fortalecimiento de las obligaciones de los padres, bajo la denominación de Responsabilidad parental, que define como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita¹³;

Así proclama El artículo 233-8:

1. «La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.
2. Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.
3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor»¹⁴.

PLAN DE PARENTALIDAD

Una de las novedades introducidas por el Código Civil de Cataluña, es el Plan de parentalidad derivada de la responsabilidad de los progenitores sobre los hijos con ocasión de la separación o el divorcio. Toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la

ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos. No se define lo que es, sino el compromiso que asumen los progenitores.

El Plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos¹⁵. Se ha definido como un mecanismo indispensable para ordenar las principales cuestiones que afectan a los hijos en los procesos de separación o divorcio de sus progenitores. Además el Plan de parentalidad se regula como elemento imprescindible o necesario, tanto si el proceso de separación o divorcio es de mutuo acuerdo como si es contencioso (art. 233-9 del CCC)¹⁶.

Se establece los siguientes aspectos que deben constar en el plan, lo que interpreto como un contenido de mínimos sin que se pueda excluir que se puedan introducir otras previsiones en el plan.

En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos¹⁷.

No cabe duda que la existencia del plan de parentalidad y el pacto de relaciones familiares se contemplan como una exigencia a los progenitores, un

esfuerzo que deben realizar en el reparto de las responsabilidades que tienen hacia sus descendientes y que refuerzan el compromiso entre padres e hijos.

4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO DE DOMICILIO POR EL PROGENITOR CUSTODIO.

La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de ella, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil, respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo en el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras, la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura¹⁸.

No existe en Código Civil un reparto de los deberes que constituyen la patria potestad establecido como modelo prefijado. La trascendencia de lo que significa un cambio de domicilio, residencia, es fundamental, ya que en torno a él gira la vida de una persona, sus intereses, el centro de su vida

La mera atribución de la custodia exclusiva no comprende todo el ámbito de la patria potestad, sino solo las cuestiones ordinarias, del día a día, no las de mayor trascendencia, como es el lugar de residencia, al menos cuando su cambio puede tener efectos tan amplios como se ha dicho.

Por otra parte, se tiene en cuenta la repercusión que el cambio de domicilio pueda tener en otros ámbitos de la vida de la persona y que den lugar a una serie de situaciones que pueden ser contempladas por el juez así, «si el cambio de domicilio no es en el mismo barrio de la propia población en la que se ha fijado en la sentencia, y no afecta a aspectos más trascendentes, como el cambio de colegio o a la dificultad para las relaciones sociales y familiares (sobre todo con el progenitor no custodio), necesariamente, se ha de obtener la autorización judicial prevista en la sentencia de primera instancia, no solo para el cambio de residencia al extranjero, sino también en el resto del territorio nacional e, incluso de la Región de Murcia o dentro del propio término municipal, pues ha

de tenerse en cuenta que la extensión de este podría implicar una afectación al resto de situaciones que se vienen enumerando»¹⁹.

La cuestión se torna especialmente problemática cuando el cambio de domicilio (relevante para el menor) se decide unilateralmente por el progenitor custodio, pero no puede decirse que dicho cambio sea caprichoso, o perfectamente evitable o prescindible, sino que obedece o viene impuesto por motivos de no entidad menor sobrevenidos en la vida del progenitor custodio (en especial, motivos laborales)²⁰.

Otras veces ocurre que el cambio de domicilio es antojadizo y no obedece a razones fundadas y origina que el cambio de domicilio por la madre custodia supone a la vez el cambio de la guarda y custodia del menor y por lo tanto del domicilio del menor, tal como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de la AP de Girona «El derecho a decidir sobre el domicilio debe ser interpretado en sus justos términos, siendo claro que los derechos no son ilimitados, incluidos los derechos fundamentales, y el derecho a fijar la libre residencia tiene sus límites cuando tal derecho afecta a terceros. Y los límites a tales derechos vienen plasmados claramente en el artículo 139.4 del Código de Familia Catalán cuando establece que salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para variar el domicilio del hijo o hija menor de manera que lo aparte de su entorno habitual. Por lo tanto, la recurrente no podía cambiar de domicilio en la forma que lo hizo, pues apartaba a su hijo de su entorno habitual y especialmente impedía una comunicación continuada con su padre. Tal decisión legislativa obviamente no es caprichosa, sino que se sustenta en el interés de los hijos, presumiendo que apartarlos de su entorno habitual puede suponerles un perjuicio.

El cambio de domicilio, sigue diciendo la sentencia, que ha efectuado la D.^a Estefanía en contra de D. Daniel y sin la debida autorización judicial debe considerarse como una modificación sustancial de las circunstancias. Ahora bien, tratándose la guarda y custodia de una cuestión de orden público y que debe ser adoptada en interés de los hijos, puede ser que tal modificación de las circunstancias no conlleve un cambio de guarda y custodia, pues puede ocurrir que ello no sea beneficioso para el menor. Ambos progenitores tienen el mismo derecho a ostentar la guarda y custodia, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo y solamente podrá decidirse a favor de uno o de otro en atención a la mejor capacidad para ostentar la guarda y custodia. Argumenta la recurrente que el niño ha estado siempre al cuidado de la madre y que también lo ha atendido adecuadamente, y ello es cierto, sin embargo la decisión de trasladarse a Murcia por su propio interés, sin contar con los intereses del hijo, que no eran otros que permanecer en su entorno y próximo a su padre, como establece el precepto legal citado, es demostrativa de que ha incumplido sus deberes de velar por el interés del hijo. Además, no se demuestra que el

cambio que ha realizado haya sido beneficioso para el menor, apreciándose, por ejemplo, la inestabilidad domiciliar que tiene, como se desprende del informe psicosocial, cuando afirma que «Gabriel necesita mantener el contacto con los dos progenitores, así como una relación frecuente y normalizada con ambos, siendo imprescindible que el núcleo materno se plantee la necesidad de mostrarse más flexible, evitando situaciones de presión y actitudes manipuladoras o disgregadoras, es decir, debe cambiar de nuevo su residencia si quiere seguir ostentando la guarda y custodia, y dado que no parece que sea su intención, es claro que el cambio de guarda y custodia acordado debe ser ratificado, sin que en absoluto se aprecie que el mismo sea más perjudicial para el menor que el decretado unilateralmente por la madre. Cierto es, que la pérdida de contacto con la madre causará un perjuicio para el menor, pero tal perjuicio no deriva de la propia decisión de cambio de guarda y custodia sino del comportamiento de la propia madre de anteponer sus propios intereses a los del hijo. Por lo tanto, no cabe más que estimar correcta la decisión de la sentencia recurrida, por lo que se impone su confirmación»²¹.

No se puede olvidar por otra parte el fundamento sobre la que se ha asentado la resolución judicial. La AP de Santa Cruz de Tenerife, realiza unas acertadas puntualizaciones sobre el conflicto libertad de residencia-custodia y su correcta formulación procesal, con ocasión de decidir sobre los gastos que se exigían al padre no custodio, por el cambio de residencia materno. «En estos casos el cambio de residencia repercute e implica —de ipso— una variación del régimen de visitas previamente adoptado, que necesariamente tiene que cambiar, y no puede quedar a la decisión unilateral del progenitor custodio quien no tiene facultades para cambiar por su propia voluntad una resolución judicial firme. Pero además, el cambio de residencia del menor conlleva consecuencias trascendentales para este, por la restricción que lleva para la comunicación con el progenitor no custodio, por lo que a falta de acuerdo entre ambos, debe plantearse la cuestión ante el Juez competente (art. 156 del Código Civil). Y ello no supone limitar o desconocer el derecho fundamental a elegir la residencia del progenitor custodio, pues puede elegir sin restricción alguna, lo que no implica que «ello le autorice también a decidir libérrimamente la residencia del menor cuando existen otros intereses en juego que son dignos de igual respeto y protección»²².

Lo que ratifica también la AP de Madrid «Cualquier decisión de trascendencia para el hijo, y entre ellas lógicamente los cambios de residencia y de centro escolar, no pueden ser adoptadas de modo unilateral por uno solo de los titulares de dicha potestad, sino conjuntamente por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención dirimente del Juez, según previene el artículo 156 del Código Civil. En definitiva prosigue la sentencia, nos encontramos ante una alteración sustancial de los factores que condicionaron los acuerdos en su momento logrados por las partes, y que ha obedecido a una decisión unilateral e injustificada de la Sra. Fátima, ajena, por tanto, a

la voluntad del otro progenitor, por lo que, desde la postura de este último, se cumplen los condicionantes al efecto exigidos por los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil²³. Por lo que declarado el cambio de domicilio como una alteración sustancial, tendría que plantearse el consentimiento del progenitor o la autorización judicial correspondiente.

Esta modificación sustancial de las circunstancias evitaría cualquier patente de corso por parte del progenitor custodio, ya que la problemática en tal modo suscitada se desenvuelve en el marco legal al efecto habilitado por los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contemplan la posibilidad de modificar las medidas complementarias acordadas en un anterior procedimiento matrimonial cuando se hayan alterado sustancialmente las circunstancias que las condicionaron.

Sobre dicha base legal, y conforme a reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial, para que la acción de modificación pueda ser acogida por los Tribunales se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.
- b) Que dicha mutación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias accesorias o periféricas.
- c) Que tal cambio sea estable y duradero, y no meramente ocasional o coyuntural.
- d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible, y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación²⁴.

5. CONFLICTO DE INTERESES: INTERÉS DEL MENOR Y DE LOS PROGENITORES

El TC mantiene que, en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello. El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.

Y de conformidad con este principio, el artículo 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquellos²⁵.

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada²⁶.

Sin lugar a dudas el resto de la jurisprudencia es fecunda en reiteradas resoluciones de lo que se considera el interés del menor y su prevalencia sobre el derechos de los progenitores, así la AP de Pontevedra sintetiza : «Que la actuación de la madre es contraria al interés del menor, y ha puesto por encima de este el suyo propio, su satisfacción, con grave postergación del bien del menor, que, sin duda alguna, no está siendo considerado como miembro de la familia en cuyo seno nació y al que, pese a la situación de crisis matrimonial, sigue lógicamente perteneciendo, por lo que no hay razón alguna para que la relación paterno-filial se vea menoscabada o erosionada en perjuicio del menor, y del cabal desarrollo de su personalidad y equilibrio afectivo. Por de pronto, no podemos desconocer el modo de proceder de la madre al arrancar al menor de la convivencia con su padre, por decisión unilateral, sin dar oportunidad alguna a la adopción de las medidas oportunas, bien de mutuo acuerdo, bien por los tribunales, en relación con la custodia del menor y el sistema de relación con él a que habría de someterse el progenitor no custodio»²⁷.

El interés del menor ha aglutinado además de la legislación y doctrina jurisprudencial española, a textos y doctrina de los tribunales internacionales²⁸ para la mejor comprensión de su significado así, «El interés del menor constituye una cláusula protectora del más débil, que lleva a tomar en consideración una serie de factores y su relación con el beneficio del menor: el favorecimiento del desarrollo de facultades intelectuales, emocionales y afectivas de los menores, y, en consecuencia, la elección del ambiente más propicio para tales fines, capacidad de empleo, miembros familiares con los que haya de convivir, vínculos afectivos, etc. El interés del menor sirve como criterio de interpretación de las normas y guía en la decisión de los tribunales; y al mismo tiempo supone una mayor intervención judicial en la solución de los problemas familiares». Como ha expresado la AP de Barcelona, «El tema cardinal, al que todo lo demás se ve condicionado, es la atribución de la custodia a la madre incluso si se

va a EE.UU. Debe partirse de la base de que la madre es libre de establecer su residencia donde estime oportuno y no procede autorizarla, como en algún momento se dice, a residir en EE.UU. Para decidir la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, tres son los aspectos a considerar: vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor, visión de los menores en cuanto al cambio de residencia y razonabilidad de ese cambio (por oposición a decisión caprichosa).

En vista de todo lo anterior, debe tomarse la difícil decisión de qué es mejor, o menos traumático, para los menores si la madre decide irse a EE.UU.: sacrificar en parte la vinculación materno-filial o bien la paterno-filial y el entorno social actual de los menores. La valoración de la Sala es que debe primar la vinculación con la madre, adoptando medidas para mantener al máximo la actual vinculación al padre con el amplio régimen de visitas que propone la madre. Procede, en consecuencia, revocar la sentencia de instancia y acordar el mantenimiento de la atribución de la custodia a la madre para el supuesto de que esta se traslade a EE.UU., con el régimen de vistas citado para el padre»²⁹.

ROCA I TRIAS ha plasmado la dificultad ante la que puede encontrarse el juez y apela a las soluciones de otras legislaciones, «después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art. 373-2-11 Code civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no permite al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado»³⁰.

El interés del menor prevalece en caso de conflicto con el de los progenitores, así «Si bien la persona ostenta el derecho fundamental a decidir con plena libertad y sin restricción su residencia (art. 18 de la CE), ese derecho no se proyecta sobre los hijos menores sujetos a la patria potestad de ambos

progenitores, aunque a uno de ellos se le haya atribuido la custodia de los mismos en los casos de separación o divorcio y desee cambiar de residencia en el ejercicio de tal derecho fundamental, y ello si el cambio de domicilio tiene una cierta repercusión sobre las medidas en vigor, pues, por ejemplo, no es lo mismo cambiar de domicilio entre ciudades próximas o, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, dentro de una misma Isla, que hacerlo entre las Islas y la Península. En este segundo caso el cambio de residencia repercute e implica, de facto, una variación del régimen de visitas previamente adoptado, que necesariamente tiene que variar como consecuencia de ese cambio de residencia, que, por tanto, no puede quedar a la decisión unilateral del progenitor custodio, pues no tiene facultades para cambiar por su propia voluntad una resolución judicial firme (la que establece que el régimen de visitas con un contenido determinado). Pero no solo es eso, sino que además el cambio de residencia del menor entraña una decisión de indudable trascendencia para este, por la restricción que lleva consigo para la comunicación con el progenitor no custodio, decisión que, en función de que ambos comparten la patria potestad, deben que haber adoptado de común acuerdo y, en caso de desacuerdo, plantear la cuestión ante el juez competente (art. 156 del CC). Con eso no se desconoce ni se limita el derecho fundamental a elegir la residencia del progenitor custodio, pues puede elegir para él la que más le convenga sin restricción alguna, pero sin que ello le autorice también a decidir libérrimamente la residencia del menor cuando existen otros intereses en juego que son dignos de igual respeto y protección³¹.

En el mismo sentido la AP de Murcia ha planteado y resuelto la cuestión satisfactoriamente al señalar «que no estamos en el caso del artículo 19 CE, que establece con carácter absoluto el derecho de toda persona a fijar libremente su domicilio dentro de territorio español (hoy de la Unión Europea), pues no se cuestiona que la madre pueda cambiar su domicilio sin necesidad de solicitar autorización judicial. La limitación de tal derecho solo puede imponerse por la vía de la pena de confinamiento. Aquí lo que se cuestiona es el derecho de la madre que tiene atribuida la custodia de sus hijos menores a cambiar unilateralmente el domicilio de esos hijos, sin consentimiento del padre de los menores donde se diferencia entre el derecho de la madre a elegir libremente su residencia (art. 19 de la Constitución) y el de los hijos a que las medidas sobre su custodia tengan como guía su interés preferente (Ley de Protección Jurídica del Menor). Es cierto que pueden verse contrapuestos tales derechos, pero no lo es menos que la propia Constitución establece el principio de protección de la familia y la infancia (art. 39) y que ha de darse preferencia a los derechos de los menores frente a los de los padres, atendiendo siempre a lo que en cada caso resulte más conveniente para su formación y desarrollo integral».

Por lo tanto, no se cuestiona el derecho de la madre a cambiar libremente de domicilio, pero sí que pueda hacerlo respecto de los hijos menores confiados a su custodia, pues el padre también es titular de la patria potestad,

y tal decisión se ha de adoptar conjuntamente por ambos o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (salvo situaciones de urgente necesidad) o, caso de desacuerdo, por el Juez (art. 156 CC). No se entiende que tal decisión sea conforme al uso social siempre que pueda afectar a la situación de los menores.

El cambio de domicilio de los menores no solo afecta a su lugar de residencia, sino también a su centro de educación, al entorno de amigos, relaciones sociales, idioma, familia y a sus estancias con el otro padre no custodio, por lo que, tratándose de cuestiones relativas a la patria potestad (art. 154) se ha de adoptar de mutuo acuerdo entre los padres o, si no hay acuerdo, con autorización judicial (art. 156)³².

Se impone una sanción cuando el cambio de domicilio comporta un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación si afecta el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados y podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia. Así la sentencia objeto de nuestro comentario siguiendo la posición tradicional sobre el particular, resolvió en el recurso de apelación lo siguiente: « La guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, D^a Magdalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija»³³.

Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo, la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrente («en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York»). El tema que se plantea es qué criterio jurídico es aplicable al cambio de residencia sobrevenido, decidido unilateralmente por el progenitor custodio que se marcha a otro domicilio en compañía del hijo menor de edad a su cargo, cuando la resolución judicial no recoge previsión alguna sobre ese particular.

Las soluciones posibles van desde considerar que tal decisión es un derecho que corresponde a quien ostenta la guarda y custodia exclusiva, independiente del consentimiento del progenitor no custodio y de la autorización judicial (con base en el art. 19 CE), a entender que el tema se encuadra en el ámbito del ejercicio conjunto de la patria potestad, haciéndola dependiente de dicho consentimiento o de esa autorización). Otra solución es la ecléctica, conforme a la cual el custodio podrá adoptar esa decisión unilateralmente o no según si

el cambio afecta o no al régimen de visitas paterno o materno-filial, al entorno global del menor o a otras circunstancias relevantes.

La cuestión se complica ya que este principio, «el interés del hijo», no resulta aislado y pertenece al entramado del de sus padres, así lo reflejó la sentencia de la AP de A Coruña. «Añadir que difícilmente puede aislarse el interés de los hijos menores respecto del de su madre y padre, pues el de estos influye también en el de aquellos, en los variados aspectos de la vida de cada persona. Incluido de manera importante el laboral; sino priorizando sus respectivos trabajos, sí intentando compatibilizarlos con el natural amor y dedicación a los hijos para el bien de todos pues, obviamente, nadie vive del aire. La ruptura matrimonial conduce a inevitables separaciones de la hasta entonces familia unida y a un replanteamiento de las propias vidas de los ex cónyuges, inseparablemente a la de sus hijos comunes menores. Por ello puede darse que uno de ellos, con los hijos, quiera honradamente volver a su lugar de origen o allí donde había vivido antes de casarse, en un entorno más próximo a uno y a su propia rama familiar y amistades. Como es también natural que pueda querer mejorar profesional o laboralmente, aunque en modo alguno queremos con esto afirmar que los trabajos de mayor responsabilidad o categoría hagan a las personas y a su familia más felices ni mejores padres o madres, pues dependerá de factores muy variados, propios y circundantes, que solo el tiempo podrá desvelar. Dado que los hijos tienen madre y padre, se habrá de tener en cuenta e intentar compatibilizar los diversos intereses. Aunque es fácil que se produzcan conflictos que puedan implicar algunos sacrificios³⁴». En vista de lo anterior en la pugna de intereses que se suscitan, no se puede resolver de manera categórica en favor del progenitor custodio, este no es dueño de la amplia esfera de derechos del menor, es necesario el consentimiento del otro progenitor o en su caso de autorización judicial para proceder al cambio de residencia para poder valorar lo que es más conveniente, necesario y proporcional a los intereses del hijo y a su relación con el progenitor no custodio.

Porque puede ocurrir que el bienestar del hijo sea el que no se proteja y sus derechos no sean suficientemente atendidos, «la sentencia de la AP deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados»³⁵.

6. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LOS PROGENITORES EN LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO DEL MENOR

El Código español no contiene una enumeración de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando los criterios (los mismos que se utilizan para la guarda compartida), tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven³⁶.

Lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor³⁷.

ROMERO COLOMA defiende la necesidad de establecer unos criterios fijos al respecto. «En primer lugar, habría que resaltar que el cambio de residencia de un hijo menor por parte de su progenitor custodio es una decisión que ha de ser tomada, siempre, de común acuerdo con el progenitor no custodio, al constituir una materia que abraza o comprende las funciones y facultades propias de la patria potestad. Si hay un cambio de residencia del hijo, un traslado, ello tiene evidentes consecuencias, perjudiciales, en el ámbito de las relaciones personales del hijo con el progenitor no custodio y, por lo tanto, el consentimiento de este ha de ser previo a dicho traslado (o, en su caso, la autorización judicial pertinente). La autora prevé los supuestos siguientes:

- 1º cuando, en la resolución judicial en la que se atribuye la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, se determina un lugar de residencia concreto, el progenitor custodio no puede modificarlo libremente —a su capricho, a su voluntad—, ya que el domicilio del menor es una cuestión a la que se subordinan otras de gran importancia e interés, y su modificación supondría entrar en colisión con otros derechos;
- 2º cuando el cambio de domicilio afecta, de una manera sustancial, al régimen de visitas y comunicaciones —en general, a la relación— del hijo con su progenitor no custodio, obviamente, esa modificación va a chocar, de forma abierta, con los derechos de este progenitor, incidiendo —de forma negativa—, también, en los derechos del hijo y, específicamente, en el derecho a relacionarse con su progenitor no custodio;
- 3º el cambio de residencia del menor supone, en todo caso, una modificación de una medida previamente adoptada en resolución judicial, por lo que esa modificación nunca puede ser unilateral, por la sola y exclusiva voluntad de uno de los progenitores, del custodio;
- 4º la modificación de la residencia habitual del menor supone una medida que afecta sustancialmente al contenido de la patria potestad. Esto significa que el progenitor custodio no puede imponer esa modificación unilateralmente, ya que el no custodio, por lo general, también ostenta la patria potestad sobre el hijo. De lo contrario, si se admitiera que el progenitor custodio puede alterar la residencia del hijo de forma unilateral, estaríamos concediendo a dicho progenitor más derechos que al otro, al no custodio, y, en realidad, no se ve la razón de esta concesión de derechos, ya que ambos progenitores ejercen conjuntamente la patria potestad y las decisiones de importancia que afecten directa e inmediatamente al hijo han de ser tomadas de común acuerdo;
- 5º el lugar de residencia del hijo es el de la vivienda familiar, que se atribuye a este y al progenitor con quien el hijo convive, según establece el artículo 96 del Código Civil. De ahí que, en la resolución judicial, quede determinado, de forma expresa, el lugar de residencia del hijo, que no es otro sino el correspondiente al del domicilio familiar, no pudiéndose, en consecuencia, modificar esta atribución sin el consentimiento expreso del otro progenitor;
- 6º cuando el hijo ve modificada su residencia habitual por otra, se produce, correlativamente, el cambio de colegio, y hay que entender que, para esta medida, se necesita el consentimiento del progenitor no custodio;
- 7º no es bueno para el hijo verse sometido, de manera constante, a cambios de residencia por parte de su progenitor custodio, porque ello provoca una gran inestabilidad en el menor, además de obstaculizar, y, a veces, impedir, las relaciones y comunicaciones con el otro progenitor;

- 8º no se puede considerar que se transgrede el derecho del progenitor custodio al cambio de residencia, en función del artículo 19 de nuestra Constitución, ya que de lo que se trata, como cuestión de Derecho de Familia, es de proteger, en todo momento, el bienestar del hijo, no el del progenitor. El *favor filii* a de ser prevalente, por encima de los intereses y deseos del progenitor custodio;
- 9º cuando el hijo ha cumplido doce años de edad, ya él mismo, por sí solo, tiene suficiente juicio para expresar su voluntad a este respecto, por lo que debe ser oído en relación a la decisión del cambio de residencia. También debería ser oído aunque no haya cumplido doce años, siempre que tenga una madurez suficiente y juicio bastante para opinar sobre esta cuestión que le afecta directa e inmediatamente³⁸.

En Francia, el Código civil ha previsto la situación de la que ha sido objeto este trabajo La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad. Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de este con el otro progenitor. Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez de familia que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño³⁹.

«Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres. El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Cuando conforme al interés del niño, la continuidad y efectividad de sus vínculos del menor con el padre que no ejerce la autoridad parental lo exigen, el juez de familia puede organizar el derecho de visita en un punto de encuentro designado al efecto. Cuando el interés del menor lo exige o cuando la entrega directa al niño al otro progenitor presenta un peligro para uno de ellos, el juez organiza las modalidades para que le presente todas las garantías necesarias. Puede proporcionar que se efectúe en un lugar de encuentro que designe, o con la asistencia de un tercero de confianza o un representante de una persona jurídica cualificado. El padre que no tenga el ejercicio de la potestad conserva el derecho y el deber de supervisar el mantenimiento y la educación del niño, deberá estar informado de las decisiones importantes relativas a la vida de este último. Debe cumplir con el deber que se encuentra con él en el artículo 371»⁴⁰.

Las soluciones que se vienen aportando para evitar estos conflictos son varias: mediación, jurisdicción voluntaria y los pactos suscritos por los progenitores para el supuesto de nulidad, separación o divorcio, entre ellos las novedad

aportada por el Derecho Civil de Cataluña, el Plan de parentalidad, o los pactos familiares del Derecho aragonés. Aún cuando soy consciente que la materia que planteamos, no es una cuestión fácil de resolver, la existencia de recursos al menos podrán servir para rebajar tensiones entre la pareja prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores contendientes, pues así lo dispone el artículo 92 del Código Civil.

«No se trata, insistimos, de que se censure la aptitud de la madre para educar a la menor. Lo que sucede es, simplemente, que el sustancial cambio de circunstancias que constituye la decisión de aquella, por muy respetables motivos de progreso y realización personal, de cambiar su residencia a un país extranjero, da lugar a que, en tal nueva tesitura sea más conveniente para Nathalie pasar a la guarda y custodia de su padre, apto para desempeñarla, valorando el desarraigo que podría generar el importante cambio de ambiente vital que necesariamente supondría la marcha a Alemania, con las consiguientes dificultades de socialización y peligro de desarraigo y teniendo en cuenta, desde luego, la opinión de la menor, manifestada en forma clara»⁴¹.

Así pues, la posición más extendida, ahora refrendada por el Supremo en la sentencia que comentamos, es que nuestra legislación interna permite que cualquier persona resida donde estime oportuno pero el traslado de los menores bajo su cuidado no es algo que pueda decidir por sí misma de forma unilateral sino que precisa, si el otro progenitor no está de acuerdo, de la autorización judicial, tras valorar el interés preferente del menor. En este sentido, se ha resaltado que el derecho a decidir sobre el domicilio debe ser interpretado en sus justos términos, siendo claro que los derechos no son ilimitados, incluidos los derechos fundamentales, y el derecho a fijar la libre residencia tiene sus límites cuando tal derecho afecta a terceros. Con toda claridad han vinculado la elección del lugar de residencia habitual del menor con el ejercicio conjunto de la patria potestad, llegando a la conclusión de la necesidad de consentimiento dual, las SSAAPP Islas Baleares de 30 de junio de 2009, Barcelona de 15 de febrero de 2011, Valladolid de 16 de marzo de 2012 y el AAP Barcelona de 17 de julio de 2008, valorándose como acto propio del ejercicio de la patria potestad una autorización en este contexto, incluso en procedimientos de otra naturaleza, como las acciones de filiación. Partiendo de esta premisa, que también personalmente defendemos, de que la elección del lugar de residencia forma parte del contenido de la patria potestad, se ha subrayado que en modo alguno encajaría en los supuestos en que el Código Civil español habilita la actuación unilateral de uno de los progenitores (art. 156.1º), pues no es decisión que pueda considerarse adoptada en el marco de un mero hábito o uso social, ni debe entenderse como una medida urgente y provisional, si tenemos en cuenta que es sustancial, de notable importancia para el menor y su educación y con efectos en relación con el resto de las medidas reguladoras de la situación personal de los menores cuyos padres viven separados. En todo caso,

mayor claridad sobre la materia se observa en el Derecho de Familia catalán, pues el artículo 236-11, párrafo 6º CCCat, relativo al ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores, dispone que salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, se necesita el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, además de para adoptar otras decisiones, para cambiar el domicilio de los hijos, si ello los aparta de su entorno habitual, lo que, obviamente el legislador percibe como un posible perjuicio⁴².

7. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES QUE DERIVAN DE LA PATRIA POTESTAD

El TS determinó la existencia de responsabilidad por incumplimiento de deberes por darse los tres elementos necesarios: 1) concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia debido a una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales. 2) El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño. El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso solo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia. 3) El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando, concluyendo que Aplicando estos criterios al presente caso, debe señalarse que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a este la guarda y custodia en la sentencia citada. No existe, pues, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por este de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre⁴³.

La AP de Las Palmas, respecto de las consecuencias de un cambio de domicilio sin el consentimiento del progenitor no custodio, mantiene una posición más reflexiva, en la aplicación del Derecho penal, al decir «El artículo 618-2º del Código Penal establece que el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días». Por su parte, el artículo 622 del mismo texto legal señala que los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

A la hora de aplicar tales faltas hay que tener muy presente el principio de intervención mínima característico del derecho penal, que lleva a la apreciación de la gravedad y antijuridicidad de la conducta, considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, excluyendo la sanción penal en los supuestos en que el ordenamiento jurídico provea de medios o instrumentos adecuados para resolver el conflicto, y ello porque el derecho punitivo cumple una función de carácter subsidiario y consiste en la última ratio, de manera que debe ceder ante las normas que disciplinan prioritariamente el comportamiento antijurídico⁴⁴. En mi opinión el mero cambio de domicilio del progenitor custodio no implica de suyo un incumplimiento del régimen de visitas y de las obligaciones familiares en el mismo reguladas subsumibles en el tipo del artículo 618-2 del Código Penal, porque el precepto penal referido lo que castiga es la desobediencia voluntaria, deliberada e intencional del módulo de comunicación judicialmente establecido, sin que obviamente quepa presumir contra el reo la concurrencia del elemento subjetivo del injusto del simple dato del cambio de residencia del progenitor custodio⁴⁵.

8. CONCLUSIONES

La sentencia de Tribunal Supremo de 26 de octubre del 2012 es el resultado de la evolución de la jurisprudencia y de las reformas legislativas en materia de patria potestad que no solo ha clarificado y resuelto la cuestión del cambio de domicilio del menor sino también otras cuestiones principales que afectan a la responsabilidad parental, como la de un mayor esclarecimiento la función de los progenitores custodio/no custodio y la de seguir insistiendo en los derechos de información, visitas o en general el de un mayor reforzamiento en la relación que debería tener el menor con cada progenitor.

La sentencia que ha sido objeto de estudio pone lo que debería ser punto final a lo que creía equivocadamente algún progenitor custodio, de que el cambio de domicilio entraba dentro de sus atribuciones exclusivamente sin necesidad del consentimiento del otro progenitor o autorización del juez. El cambio de residencia es una alteración sustancial de cualquier acuerdo al que hayan llegado los padres o de una resolución del juez, por lo que pudiera variar significativamente lo acordado o resuelto en un momento determinado. Los incumplimientos de estos deberes se tienen que sancionar aplicando la normativa prevista para estos supuestos en el Código Penal, Código Civil y aplicación de los textos internacionales. Las modificaciones que han tenido lugar en algunos Códigos, generalmente se han anticipado a recoger expresamente el cambio de domicilio como un acto extraordinario que no puede realizar solamente el progenitor custodio. A pesar de ello no implica la necesidad de precisar de forma pormenorizada un catálogo de los que son responsabilidades de uno y de otro en el Código Civil, si estimo más necesario establecer aquellas que ineludiblemente necesiten el consentimiento de los dos progenitores y, en su defecto autorización del juez y seguir insistiendo en la regularización de los pactos familiares y la exigencia de los compromisos que asumen unos y otros en un proceso de separación y divorcio donde prime los intereses del hijo por encima de todo.

JURISPRUDENCIA

- STC; Sentencia núm. 185/2012 de 17 de octubre RTC\2012\185(SSTC 141/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 141], F. 5; 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], F. 4; 144/2003, de 14 de julio [RTC 2003, 144], F. 2; 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71], F. 8; 11/2008, de 21 de enero [RTC 2008, 11], F. 7).
- STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008.
- Auto del TC núm. 127/86, de 12-2 (RTC 1986, 127 AUTO) (Sala 1ª, Sección 2ª).
- TS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2012, ref. 1238/2011.
- TS Sentencia núm. 623/2009 de 8 de octubre. *RJ*\2009\4606.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 579/2011 de 22 de julio *J*\2011\5676.
- TS Sentencia de 30 de junio de 2009, rec. 532/2005, Diario La Ley, núm. 7242.
- Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril y 18 de diciembre de 1990, 2 de octubre, 10 y 17 de diciembre de 1991, 19 de enero y 14 de noviembre de 1992, 16 de julio y 28 de septiembre de 1993, 8 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1996, 10 de febrero y 24 de octubre de 2003, 24 de junio de 2004, 23 de mayo de 2005 y 21 de junio de 2006).

- AP de A Coruña, Sección 3^a, Sentencia de 27 de junio de 2011, rec. 310/2010.
- AP de Islas Baleares. Sentencia núm. 529/2000 de 21 de julio, *JUR* 2000\273106
- AP de Castellón (Sección 2^a). Sentencia núm. 54/2010 de 10 de septiembre. *JUR*\2011\25772.
- AP de Murcia (Sección 1^a). Sentencia núm. 337/2005 de 15 de noviembre *JUR*\2006\91712.
- AP de Murcia (Sección 4^a). Sentencia núm. 111/2012 de 16 de febrero. *JUR*\2012\90598.
- AP de Girona (Sección 1^a). Sentencia núm. 399/2005 de 3 de noviembre. *JUR*\2006\49664.
- AP de Madrid (Sección 22^a). Sentencia núm. 21/2010 de 15 de enero. *JUR*\2010\127316.
- AP de Pontevedra, Sección 6^a, Sentencia de 24 de octubre de 2012, rec. 4342/2010.
- AP de Les Illes Balears, Sección 4^a, Sentencia de 2 de febrero de 2011, rec. 415/2010.
- AP de Barcelona, Sección 12^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2009, rec. 185/2009.
- AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4^a). Sentencia núm. 472/2004 de 9 de diciembre, *JUR* 2005\45766.
- AP de Valladolid (Sección 1^a). Sentencia núm. 57/2011 de 28 de febrero. *JUR*\2011\157348.
- AP de A Coruña (Sección 4^a). Auto núm. 31/2012 de 9 de marzo. *JUR*\2012\137130.
- AP de Castellón (Sección 3^a). Sentencia núm. 202/2000 de 20 de abril *AC* 2000\1012.
- AP de Las Palmas (Sección 1^a). Sentencia núm. 13/2012 de 2 de enero. *JUR*\2012\156102.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 92 del Código Civil». BIB 2009\5231. Editorial Aranzadi, SA, enero de 2009.
- CORDERO CUTILLAS, I.: «Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven». *Actualidad Civil*, núm. 3, 2013, tomo 1, Editorial La Ley.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes». *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2013 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 013. BIB 2012\3483.

- FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I.: «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad en Derecho de Familia (Coordinadora Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ)». Civitas, 2012, pág. 1358.
- PADIAL ALBÁS, A; SERRANO MASIP; TOLDRÁ ROCA, D.: «Titularidad y ejercicio de la “potestad parental” en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña». *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Coord. BARRADA, R.; Garrido,; NASARRE, S. M.; Bosch, 2011, pág. 690.
- ROMERO COLOMA, A.: «El cambio de residencia del hijo por el progenitor custodio: problemática jurídica». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 834/2012 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable», en *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. (COORD.) BARRADA, R.; GARRIDO, M., NASARRE, S. Bosch, 2011, pág. 754.

NOTAS

¹ Entre otros los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya de 25 de septiembre de 1980 (*RCL* 1987, 1960 y *RCL* 1989, 1442), sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y los artículos 2.7, 2.9 y 2.11 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (DOCE núm. L338 de 23/12/2003 págs. 0001-0029. Entre otras Decisión del Consejo 2008/431/CE, de 5 de junio de 2008 (Diario Oficial L 151 de 11.6.2008).

² AP de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia de 27 de junio de 2011, rec. 310/2010. Ponente: FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA. Como se ha manifestado reiteradamente, entre ellos AP de Madrid (Sección 22ª). Auto núm. 185/2009 de 5 de junio, *JUR* 2010\31741. La patria potestad, en cuanto conjunto de derechos y obligaciones respecto de los hijos no emancipados, incumbe, por regla general, a ambos progenitores, según previenen los artículos 154 y 156 del Código Civil. De ahí que cualquier decisión de trascendencia para la prole en tal situación de jurídica dependencia haya de ser adoptada conjuntamente por los cotitulares de dicha potestad, a salvo de aquellos supuestos en que, bien por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, el ejercicio de dicha función corresponde exclusivamente al otro, en los términos contemplados en el último de los preceptos citados, o bien, por resolución judicial, se haya privado total o parcialmente a uno de ellos de la referida potestad, a causa del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a tenor de lo que disponen el artículo 170 del citado Cuerpo legal. En aquellas hipótesis en que, manteniendo ambos padres, vivan juntos o separados, la corresponsabilidad derivada de tal institución jurídica, no se pongan de acuerdo sobre algún asunto de relevancia para los hijos comunes, el referido artículo 156 previene que cualquiera de aquellos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá, sin ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre.

³ TS, sentencia de 26 de octubre de 2012. «Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación».

⁴ FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I. «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad en Derecho de Familia (Coordinadora Gema Díez-Picazo Giménez)». Civitas, 2012, pág. 1358.

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 92 del Código Civil». BIB 2009/5231. Editorial Aranzadi, SA, enero de 2009.

⁶ AP de Islas Baleares. Sentencia núm. 529/2000 de 21 de julio, JUR 2000/273106.

⁷ AP de Castellón (Sección 2^a). Sentencia núm. 54/2010 de 10 de septiembre. JUR/2011/25772. Nos parece evidente que el derecho fundamental (art. 19 de la Constitución del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental. Tal y como decíamos en nuestra sentencia antes citada, «Este es también el planteamiento que se sigue en el auto del TC núm. 127/86, de 12-2 (RTC 1986, 127 AUTO) (Sala 1.^a, Sección 2.^a), sobre la existencia de cargas, gravámenes o limitaciones que puedan afectar a la libertad de establecimiento y de fijación del lugar de residencia, en supuestos en los que la limitación viene impuesta por un interés protegido de manera privilegiada en el Ordenamiento jurídico, como es el de los hijos menores».

⁸ CORDERO CUTILLAS, I. «Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven». *Actualidad Civil*, núm. 3, 2013, tomo 1, Editorial La Ley.

⁹ AP de Murcia (Sección 1^a). Sentencia núm. 337/2005 de 15 de noviembre, JUR/2006/91712.

¹⁰ VERDERA IZQUIERDO, B., «Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable» en *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. (COORD.) BARRADA, R., GARRIDO, M., NASARRE, S. Bosch, 2011, pág. 754.

¹¹ FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I., «Esta cláusula se debe al Magistrado González del Pozo que ha repetido en sus sentencias». *Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad en Derecho de Familia* (Coordinadora Gema Díez-Picazo Giménez). Civitas, 2012, pág. 1358.

¹² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (BOE 21 de agosto de 2010).

¹³ Art 2.7 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

¹⁴ Artículo 233-8. Responsabilidad parental. Código Civil de Cataluña Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (BOE 21 de agosto de 2010).

¹⁵ Artículo 233.9.1 del CC de Cataluña.

¹⁶ PADIAL ALBÁS, A.; SERRANO MASIP; TOLDRÁ ROCA, D., «Tutelaridad y ejercicio de la “potestad parental” en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña». *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Coord. BARRADA, R.; GARRIDO, M., NASARRE, S. Bosch, 2011, pág. 690.

¹⁷ En parecidos términos, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Publicado en BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011, prevé el pacto de relaciones familiares.

Artículo 77.1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

- El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.
- El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
- El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

- La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.
 - La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.
 - La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.
3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:
- Por mutuo acuerdo de los padres.
 - En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.
 - A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.
 - Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.
 - Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevinida al pacto de relaciones familiares.
 - Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.
4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.
5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.
6. Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para estos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación.
- ¹⁸ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2012, ref. 1238/2011.
- ¹⁹ AP de Murcia (Sección 4ª). Sentencia núm. 111/2012 de 16 de febrero. *JUR*\2012\90598.
- ²⁰ Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª). Sentencia núm. 54/2010 de 10 de septiembre, *JUR*\2011\25772.
- ²¹ AP de Girona (Sección 1ª). Sentencia núm. 399/2005 de 3 noviembre. *JUR*\2006\49664.
- ²² AP de Santa Cruz de Tenerife-Secc. 4ª de 9 de diciembre de 2004 (PROV 2005, 45766).
- Con base en lo expuesto, no existe inconveniente para declarar expresamente la obligación de la Sra. B. de comunicar al Sr. D. los cambios de domicilio de la menor y cualquier incidencia de importancia que se produzca en su salud o en su vida escolar, a efectos de posibilitar el ejercicio por parte del Sr. D., de los deberes derivados de la patria potestad AP de Islas Baleares (Sección 3ª). Sentencia núm. 529/2000 de 21 de julio. *JUR*\2000\273106
- ²³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia núm. 21/2010 de 15 de enero. *JUR*\2010\127316.
- ²⁴ AP de Madrid (Sección 22ª). Sentencia núm. 21/2010 de 15 de enero. *JUR*\2010\127316.
- ²⁵ STC; Ponente, Encarna Roca. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 185/2012. de 17 de octubre *RTC*\2012\185(SSTC 141/2000, de 29 de mayo [*RTC* 2000, 141], F. 5; 124/2002, de 20 de mayo [*RTC* 2002, 124], F. 4; 144/2003, de 14 de julio [*RTC* 2003, 144], F. 2; 71/2004, de 19 de abril [*RTC* 2004, 71], F. 8; 11/2008, de 21 de enero [*RTC* 2008, 11], F. 7).
- ²⁶ STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo

relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8). Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que este le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique».

²⁷ F. 3º AP de Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia de 24 de octubre de 2012, rec. 4342/2010. En el mismo sentido la AP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011, rec. 415/2010 No existe en las actuaciones prueba o indicio objetivo alguno revelador de que las funciones de guarda y custodia estén siendo ejercidas de forma incorrecta por la madre y menos aún de que las mismas serán ejercitadas por el padre de forma más favorable para el niño, siendo el principio inspirador de cualquier medida que se adopte en relación con los hijos menores de edad que ha de estar dirigida a proteger su superior interés principio *favor filii* (art. 92 CC y 39 de la Constitución). La alteración de las circunstancias producidas por el traslado irregular de la madre con el hijo a Alemania, no es suficiente para provocar el cambio de guarda y custodia, pues, dicho cambio, solo puede venir motivado por la protección del superior interés del hijo. Ahora bien, el cambio del lugar de residencia del menor si debe ser tenido en cuenta para modificar el régimen de visitas en su día establecido, pues la distancia geográfica entre padre e hijo lo hace inviable o, al menos, sumamente gravoso y costoso para el progenitor no custodio recurrente, cuestión que analizaremos seguidamente.

²⁸ Entre ellas: La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (*La Ley*. 97018/2000) afirma en su artículo 24.2 que «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial, el Reglamento comunitario 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996 (*La Ley*. 167/1996), de Protección Jurídica del Menor. Por su parte, la STS de 28-9-2009 dice: «Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000 (*La Ley*. 8805/2000), de 29 mayo, que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», destacando como relevantes a estos efectos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson (*La Ley*. 789388/1988); 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal).

²⁹ AP de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2009, rec. 185/2009. *Actualidad Civil*, núm. 3, Sección Reseña de Sentencias, quincena del 1 al 15 de febrero de 2010, Ref. 18, tomo 1, Editorial *La Ley*.

³⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), Sentencia núm. 623/2009 de 8 octubre. *RA*20094606.

³¹ AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª). Sentencia núm. 472/2004 de 9 diciembre *JUR* 200545766.

³² AP de Murcia (Sección 4.ª Sentencia núm. 111/2012 de 16 febrero JUR 2012\90598). En este sentido ya se ha pronunciado esta Audiencia Provincial en la sentencia de su Sección 1.ª de 15 de noviembre de 2.005 (reiterada en la de 6 de marzo de 2007) en la que se recogía otra anterior en los siguientes términos. Ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en casos similares al presente, como en la sentencia de 5 de diciembre de 2.002.

La citada solución es la más aceptada por los Tribunales del país, como las sentencias de las Audiencias Provinciales de Gerona, de 3 de noviembre de 2005, Castellón, Sec. 2.ª, de 14 de octubre de 2008, Granada, Sec. 5.ª, de 20 de marzo de 2009 y Madrid, Sec. 22.ª, de 15 de enero de 2010. Esta última establece:

«Cierto es, como se afirma en el escrito de formalización del recurso, que dicha unilateral decisión, y en lo que concierne exclusiva y personalmente a D.ª Fátima, se encuentra perfectamente amparada por el artículo 19 de la Constitución; pero no acaece lo mismo en lo que afecta a la común descendiente, ya que la asignación a dicha progenitora de su guarda no implicaba, en modo alguno, la privación al otro progenitor de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, o de alguna de las facultades de la misma, pues, según se hizo constar en el referido convenio, ambos padres ostentarían de modo compartido la referida función. Ello implica que cualquier decisión de trascendencia para el hijo, y entre ellas lógicamente los cambios de residencia y de centro escolar, no pueden ser adoptadas de modo unilateral por uno solo de los titulares de dicha potestad, sino conjuntamente por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención dirimente del Juez, según previene el artículo 156 del Código Civil (LEG 1889, 27)».

³³ AP de Valladolid (Sección 1.ª). Sentencia núm. 57/2011 de 28 de febrero. JUR\2011\157348.

³⁴ AP de A Coruña (Sección 4.ª). Auto núm. 31/2012 de 9 de marzo. JUR\2012\137130. Esta sentencia concluye diciendo» Finalmente, conviene añadir que, si bien consideramos que la decisión sobre la residencia habitual de los hijos menores forma parte del contenido de la patria potestad, como así lo dijimos en nuestra sentencia dictada en el proceso de divorcio de 6/5/2010, eso no impide reconocer obviamente un plus en este tema al progenitor que tenga otorgada su guarda y custodia, en nuestro caso la madre. Colateralmente podemos citar en este sentido el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 de 27/11/2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual, tras definir en su artículo 2.7 la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo los derechos de custodia y visita; se refiere en el apartado 9 a los derechos de custodia como, entre otros, los relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia; mientras que en el 10 incluye en el derecho de visita, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado. Por todo lo razonado y, habiéndose justificado a juicio del Tribunal una causa real y sería más que razonable para el cambio, procede conceder la autorización solicitada, sin perjuicio de una eventual modificación de las medidas de la sentencia de divorcio a plantear en su caso por la vía procesal señalada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁵ TS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio, núm. de Sentencia: 642/2012, núm. de recurso: 1238/2011, refiriéndose a la sentencia AP de Valladolid (Sección 1.ª). Sentencia núm. 57/2011 de 28 febrero. JUR\2011\157348.

³⁶ TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 623/2009 de 8 de octubre, R\2009\4606.

³⁷ F 4 TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 579/2011 de 22 de julio R\2011\5676.

³⁸ ROMERO COLOMA, A.: «El cambio de residencia del hijo por el progenitor custodio: problemática jurídica». *Actualidad Jurídica, Aranzadi* núm. 834/2012 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

³⁹ Artículo 373-2 del Código Civil Francés, modificado por (Ley núm. 2002-305 de 4 de marzo de 2002 artículo 6 I y II Diario Oficial de 5 de marzo de 2002).

⁴⁰ Article 373-2-1 del Código Civil francés, Modifié par LOI núm. 2010-769 du 9 juillet 2010-artículo 7.

⁴¹ AP de Castellón (Sección 3^a) Sentencia núm. 202/2000 de 20 de abril, AC 2000\1012.

⁴² DÍAZ MARTÍNEZ, A. «La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes». Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2013 (Comentario). Editorial Aranzadi, S. A, Pamplona. 013.BIB 2012\3483.

⁴³ TS, Sentencia de 30 jun. 2009, rec. 532/2005 Diario *La Ley*, núm. 7242, Sección *La Sentencia del día*, 16 de septiembre de 2009, Año XXX, Editorial *La Ley*.

⁴⁴ (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril y 18 de diciembre de 1990, 2 de octubre, 10 y 17 de diciembre de 1991, 19 de enero y 14 de noviembre de 1992, 16 de julio y 28 de septiembre de 1993, 8 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1996, 10 de febrero y 24 de octubre de 2003, 24 de junio de 2004, 23 de mayo de 2005 y 21 de junio de 2006).

⁴⁵ AP de Las Palmas (Sección 1.^a). Sentencia núm. 13/2012 de 2 de enero. *JUR*\2012\156102.

*(Trabajo recibido 07-05-2013 y aceptado
para su publicación el 18-06-2013)*

Derecho de la competencia y acuerdos
de colaboración empresarial.
Acuerdos de investigación y desarrollo
y acuerdos de especialización*

*Competition law and business
cooperation agreements.
Research and development agreements
and specialisation agreements*

por

DR. D. JOSU J. SAGASTI AURREKOETXEA
Profesor Titular de Derecho Mercantil-Universidad del País Vasco UPV/EHU
Profesor Jean Monnet de la Unión Europea

RESUMEN: El desarrollo de las modalidades de colaboración empresarial y, en concreto, de las «Redes Empresariales» presenta especiales connotaciones en su coherencia con el Derecho de la Competencia. La configuración jurídico-económica más próxima y ajustada de las «Redes Empresariales» que conllevaran Acuerdos de Cooperación Horizontal consiste en la estructura del «Modelo de Contrato Multilateral», dotada de las características de cierto grado de estabilidad, complementariedad e interdependencia. Un acuerdo de coope-

* El presente trabajo es elaborado en el ámbito del Proyecto de Investigación DER 2010-21114 del Ministerio de Ciencia e Innovación «*Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*».

ración horizontal restrictivo de la competencia por objeto y/o efecto puede presentar también, en cambio, efectos positivos para la competencia, a cuyo efecto se regulan los correspondientes reglamentos de exención. En este orden de cosas, se hallan, de una parte, los acuerdos de investigación y desarrollo, que pueden combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores de un modo más económico y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de los correspondientes productos. De otra parte, se hallan los acuerdos de especialización, que constituyen una modalidad de los acuerdos horizontales de producción y pueden presentar libertad de forma. En suma, el análisis exhaustivo de los correspondientes reglamentos de exención permite estudiar la compatibilidad de la restricción de la competencia con las «Redes Empresariales» y los Acuerdos de Cooperación Horizontal.

ABSTRACT: The development of the business cooperation forms and, in particular, «the Companies Networks» show special connotations relating to the Competition Law. The closest and most settled to the «Companies Networks» law-economic configuration, which implies The development of the business cooperation forms and, in particular, «the Companies Networks» show special connotations relating to the Competition Law. The closest and most settled to the «Companies Networks» law-economic configuration, which implies Horizontal Cooperation Agreements, lies in the structure of the «Multilateral Contract Model», provided with certain degree of next characteristics: stability, complement and interdependence. An horizontal cooperation agreement, restrictive of the competition by object or by effect, can give, however, positive effects to the competition, resulting in the related exemption regulations are taken. According to this issue, there are, on the one hand, research and development agreements, which allow to combine several research abilities in order to allow the parts to produce better assets cheaper and to reduce the periods to put them into the market. On the other hand, there are the specialisation agreements, which are a type of production horizontal agreements and can show any form. Then, the thorough analysis of the related exemption regulations allow to study the compatibility between the restriction of the competition and the «Companies Networks» and the Horizontal Cooperation Agreements.

PALABRAS CLAVE: Red de negocios. Contrato. «Contratto di rete». Competencia. Colaboración horizontal. Acuerdo. Investigación. Desarrollo. Especialización. «Mercado relevante o de referencia». Producción. Comercialización.

KEY WORDS: Business network. Contract. «Contratto di rete». Competition. Horizontal cooperation. Agreement. Research. Development. Specialization. «Relevant market». Production. Commercialization.

SUMARIO: 0. ABREVIATURAS UTILIZADAS.—I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. «REDES EMPRESARIALES» EN EL «ACQUIS COMMUNAUTAIRE».—III. «REDES EMPRESARIALES» Y ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL: III.1. PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. III.2.— DETERMINACIÓN DE «COMPETIDOR» Y DE «COOPERACIÓN INTEGRADA». III.3.— DETERMINACIÓN DEL «PODER DE MERCADO». III.4.— DETERMINACIÓN DE LA «EXENCIÓN» EX ARTÍCULO 101.3 TFUE.—IV. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO: IV.1. MODALIDADES DE ACUERDOS Y MERCADOS DE REFERENCIA: IV.1.A. *Mercados de productos existentes*. IV.1.B. *Mercados de tecnologías existentes*. IV.1.C. *Mercados de la innovación*. IV.1.D. *Determinación de las cuotas de mercado*. IV.2. RESTRICCIÓN DE EX ARTÍCULO 101.1 TFUE. IV.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE.—V. ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN: V.1. MERCADOS DE REFERENCIA. V.2. RESTRICCIÓN DE EX ARTÍCULO 101.1 TFUE: V.2.A *Régimen general*. V.2.B *Restricción de la competencia por el objeto*. V.2.C *Efectos restrictivos de la competencia*. V.2.D. «Poder de mercado». V.2.E. *Resultado colusorio derivado de «costes comunes»*. V.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE.—VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN REGLAMENTO —UE— Núm. 1217/ 2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAID— Y REGLAMENTO —UE— Núm. 1218/ 2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAE: VI.1. «RATIO LEGIS» Y PREMISAS. VI.2. ÁMBITO OBJETIVO «POSITIVO» DE APLICACIÓN. VI.3. ÁMBITO OBJETIVO «NEGATIVO» DE APLICACIÓN: VI.3.A. *Ámbito objetivo negativo por el objeto*. VI.3.A.a) *Acuerdos de Investigación y Desarrollo*. VI.3.A.b) *Acuerdos de Especialización*. VI.3.B. *Ámbito objetivo negativo intrínseco o inherente*. VI.4. REQUISITOS O CONDICIONES PARA LA EXENCIÓN. VI.5. CÓMPUTO DEL UMBRAL DE LA CUOTA DE MERCADO Y DE DURACIÓN DE LA EXENCIÓN: VI.5.A. *Determinación del umbral de la cuota de mercado*. VI.5.B. *Determinación de la duración de la exención*.—BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA. JURISPRUDENCIA.

0. ABREVIATURAS UTILIZADAS

- AELC: Asociación Europea de Libre Comercio.
- CCDMR: Comunicación de relativa a de Mercado de Referencia a efectos de en Materia de Competencia.
- CdC: Código de Comercio, de 22 de Agosto de 1885.
- DACH: Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de a los Acuerdos de Cooperación Horizontal.
- DATT: Comunicación de relativas a del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología.

- DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- LMV: Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores.
- RANCT: Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a de las Normas sobre Competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
- RCCE: Reglamento (CE) Núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas.
- RDCAE: Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 de, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización.
- RDCAID: Reglamento (UE) Núm. 1217/2010 de, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo.
- RDLTRLAC: Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.
- RDRTRLAC: Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de Julio.
- RECATT: Reglamento (UE) Núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas Categorías de Acuerdos de Transferencia de Tecnología.
- TCECA: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La configuración y desarrollo jurídico-económico de las modalidades de colaboración empresarial y, en concreto, de las «Redes Empresariales» presenta especiales connotaciones en su cohesión con el Derecho de la Competencia, en general, y, en particular, con el Derecho de Defensa de la Competencia.

A este respecto, como cuestión previa, presenta especial importancia la determinación de la noción de la citada modalidad colaborativa entre empresarios, esto es, la de las «Redes Empresariales», las cuales, pudiendo «tener un carácter contractual, societario o mixto, están integradas por un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero vinculados jurídicamente —a través de contratos de colaboración de larga duración o de contratos plurilaterales— y

económicamente —como consecuencia de su interdependencia—, que sostienen generalmente una estructura relacional estable y múltiple, fundada en relaciones de confianza *intuitu personae*, que implica el reparto de las funciones propias de la empresa —producción, distribución, I+D— entre sus miembros, que se comparta la explotación —aunque no necesariamente la titularidad— de uno o varios bienes inmateriales —signos distintivos, tecnología, modelo de empresa— y cuyos miembros sostienen al mismo tiempo relaciones de cooperación y de competencia entre ellos»¹.

Tal y como se ha manifestado, las «Redes Empresariales» se caracterizan por la «interdependencia»², conjugada sobre la coexistencia de cooperación y competencia y bajo el cumplimiento y seguimiento de los principios de buena fe y lealtad³. Ahora bien, no obstante ser más común y reconocida la interdependencia en las diferentes fases de los procesos interno y externo de producción y comercialización, es la concurrencia en el seno de la misma fase o nivel de mercado la que genera particularidades en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, toda vez que se desarrollan las denominadas «Redes Horizontales», cuyo régimen y necesidad normativa requieren de una regulación propia y diferente al de las «Redes Verticales»⁴, conllevando también una mayor complejidad estructural, relacional, de funcionamiento y normativa.

Pues bien, tal y como deriva de la definición de dicho concepto, de la existencia de conflictos de interés en su seno⁵, mas también de la existencia de relaciones de intercambio entre los miembros de la red —«ínterred», que son una característica típica de las mismas⁶—, el Derecho de Defensa de la Competencia resulta directamente aplicable a la realidad jurídico-económica de las «Redes Empresariales», generando una gran diversidad de cuestiones y problemas, especialmente en lo referente a las restricciones, las cuales son consideradas como necesarias⁷.

En este orden cosas, es preciso poner de relieve la necesidad de coordinar los principios que rigen el Derecho de la Competencia, tanto en lo que respecta a la cooperación vertical como a la horizontal, con la estructura y el funcionamiento de las «Redes Empresariales»⁸. A este respecto, cabría destacar, especialmente, las «Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo»⁹ y las «Categorías de Acuerdos de Especialización».

De otra parte, se ha de reseñar también la reiteradamente alegada ausencia de definición y de normativa específica referida a las «Redes Empresariales», tanto en lo referente a las normas de Derecho Internacional Privado, como a las propiamente comunitarias¹⁰ —Reglamento (CE) Núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I)¹¹ y la «Small Business Act»—. Esta última iniciativa contempla de un modo referencial y genérico la realidad de las «Redes Empresariales»¹², si bien considera que el citado tipo societario constituye un instrumento europeo idóneo para favorecer la

capitalización, la inversión y formación permanentes y la interconexión mediante «redes» de las Pequeñas y Medianas Empresas, desarrollando la Red «Enterprise European Network», con el fin de convertirla en una verdadera red europea de información y cooperación¹³. De igual modo, se concibe «fomentar la creación de redes transfronterizas y la cooperación empresarial con empresarios experimentados»¹⁴, poniendo de relieve los nuevos modelos desarrollados por algunos Estados Miembros para favorecer la colaboración entre empresas, como las redes de empresas en Italia, las redes de clusters en Alemania o la Fundación para el Conocimiento y la Innovación en Energía y Tecnología Medioambiental de los Países Bajos, creada en 2008, que constituye una red de ciento sesenta empresas, institutos de investigación y administraciones regionales y locales que cofinancia proyectos que dan lugar a productos y tecnologías ecológicos —aplicaciones inteligentes de energía solar, redes inteligentes, etc.—¹⁵.

Ello no obstante, cabe poner de relieve la existencia de determinadas iniciativas a este respecto¹⁶. De una parte, en el Derecho español se ha incorporado el concepto de «red» en la normativa de Auditoría de Cuentas¹⁷ y también se ha contemplado su previsión en el Proyecto de Ley de Contratos de Distribución¹⁸. De otra parte, el Derecho italiano resulta ser, sin embargo, el primer ordenamiento jurídico que, en el tiempo y con carácter de generalidad, ha elaborado una normativa de Derecho Positivo que regula el «contrato de Red», mediante núm. 122, de 30 de julio de 2010 —artículo 42¹⁹—. Esta normativa conceptúa el «contrato de Red» como el contrato mediante el cual «diversos emprendedores persiguen el objetivo de incrementar, individual o colectivamente, su propia capacidad innovadora y su propia competitividad sobre el mercado y a tal fin se obligan, sobre la base de un programa común de red, a colaborar en los modos y en los ámbitos predeterminados correspondientes al ejercicio de las propias empresas o bien a intercambiarse información o prestaciones de naturaleza industrial, comercial, técnica o tecnológica o bien incluso a ejercitar en común una o más actividades pertenecientes al objeto de las propias empresas» —artículo 42.2-bis, 4-ter, párrafo primero—.

En suma, la materia específica del presente trabajo —los «acuerdos de investigación y desarrollo» y los «acuerdos de especialización», como modalidades de los supuestos de «colaboración empresarial en red», y su estudio como materia del Derecho de Defensa de la Competencia— constituye un contenido temático absolutamente crucial y determinante, por cuanto que la transferencia de conocimiento y la innovación resultan temas de importancia estratégica, que han de ser especialmente tutelados y amparados²⁰. En este sentido, cabría añadirse que, desde un ámbito económico, productivo y de fiscalidad, resulta imprescindible, además, tomar en consideración un análisis de los costes de inversión y la necesidad de generar sinergias en el ámbito empresarial.

II. «REDES EMPRESARIALES» EN EL «ACQUIS COMMUNAUTAIRE».

El concepto de «Red Empresarial» como entidad económica ha tenido diversa configuración y plasmación en el «acquis communautaire», recibiendo un tratamiento polimórfico, en función de la naturaleza del texto o de la materia en cuyo contenido se recoge. En todo caso, el uso del citado concepto siempre ha carecido de un enunciado primero y previo que fijare sus términos exactos de contenido y alcance, por lo que cabe manifestar que su determinación no es unívoca y su conceptualización y estructuración resultan polisémicas. Ello, obviamente, genera una notable inseguridad, tanto jurídica, como económico-empresarial.

En este contexto, se recogen las manifestaciones, disposiciones, sectores o ámbitos temáticos más relevantes en los que se contempla el concepto de «red» en la normativa de la Unión Europea en materia del Derecho de la Competencia.

En primer lugar, cabe destacar los apartados 97 y 108 de la Comunicación de la Comisión Directrices sobre la Aplicabilidad del Artículo 81 del Tratado CE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, donde se hace referencia a los efectos de desestabilización y de facilitación de la colusión que puede presentar la «red», siendo esta concebida de un modo genérico y sin ninguna concreción o especificidad como «los vínculos existentes entre un número considerable de competidores»²¹.

En segundo lugar, se han de mencionar las Reglas de Competencia relativas a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología²², que se desglosa, de una parte, en el Reglamento (UE) Núm. 316/2014 de la Comisión de 21 de marzo de 2014, relativo a la Aplicación del Artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Transferencia de Tecnología²³, y, de otra parte, en la Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la Aplicación del Artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología —en lo sucesivo, DATT—²⁴. Por lo que refiere al Reglamento (UE) Núm. 316/2014, se hace mención de las redes paralelas de los acuerdos de transferencia de tecnología —apartado 18 y artículo 7.1²⁵— y de las redes paralelas de acuerdos restrictivos —artículo 6.1.a) y b)²⁶—. En lo atinente a las Directrices se contemplan la mención de red en diferentes ámbitos, tales como las obligaciones de retrocesión —apartado 130²⁷—, el efecto acumulativo de las redes paralelas —apartado 147.1 y 2²⁸—, el no cómputo del efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia —apartado 148²⁹—, la exclusión de redes paralelas de acuerdos similares —apartado 149³⁰—, el cómputo de las redes de los acuerdos de licencia —apartado 151³¹—, el cómputo de las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia —apartado 153³²—, la no contribución a un efecto acumulativo de exclusión de mercado —apartado 153³³—, los efectos de red en el mercado —apartados 157³⁴ y 180³⁵— y las redes de acuerdos de licenciantes —apartado 229—³⁶.

En tercer lugar, se halla la Decisión del Órgano de Vigilancia de la AELC Núm. 228/05/COL, de 21 de Septiembre de 2005, por la que se adopta una Comunicación titulada «Directrices Relativas a la Aplicación del artículo 53 del Acuerdo EEE a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología»³⁷, que contempla la «red» en los impactos negativos de las obligaciones de retrocesión —apartado 110³⁸—, el efecto acumulativo de redes paralelas —apartado 120.1 y 2³⁹—, las redes de acuerdos de licencia —apartados 121 y 125⁴⁰—, las redes paralelas de acuerdos similares o de inhibición de la competencia —apartados 123 y 127, respectivamente⁴¹— y los efectos de red en el mercado —apartados 131 y 152⁴²—.

Finalmente, se han de recoger las menciones de las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales⁴³. En este sentido, se contemplan las redes de distribución —apartados 48, 154, 161, 165, 189 y 203—, las redes de distribución selectiva —apartados 56, 58, 176, 177, 179, 187 y 188—, la red de distribuidores que operen en el mismo o en diferente plano de la relación comercial —apartado 58—, redes de reparación y servicio —apartado 59—, los efectos acumulativos de redes paralelas de acuerdos verticales similares —apartados 75 y 79⁴⁴—; las redes individuales de acuerdos verticales —apartado 81—; las redes paralelas de acuerdos del tipo de marca única —apartado 83⁴⁵—; las redes de distribuidores autorizados —apartados 183 y 188—; las redes franquiciadas —apartados 190.b) y 191—. En este contexto, el Reglamento (UE) Núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, Relativo a la Aplicación del Artículo 101, Apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos Verticales y Prácticas Concertadas⁴⁶, se refiere, asimismo, a los efectos anticompetitivos de las redes paralelas de acuerdos verticales —apartados 15 y 16⁴⁷—, así como a la inaplicación del citado Reglamento en los supuestos en que hubiere redes paralelas de restricciones verticales que comprendieren más del cincuenta por ciento de un mercado de referencia —artículo 6⁴⁸—.

III. «REDES EMPRESARIALES» Y ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

La configuración jurídico-económica más próxima y ajustada de las «Redes Empresariales» que conlleven Acuerdos de Cooperación Horizontal consiste en la estructura del «Modelo de Contrato Multilateral», dotada de las características de cierto grado de estabilidad, complementariedad e interdependencia —esta última, especialmente, de carácter mutuo y no unilateral—; todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de adoptar otras posibles formas jurídicas⁴⁹.

III.1. PRINCIPIOS PROGRAMÁTICOS Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El análisis de la presente materia requiere un estudio de los principios rectores y de análisis y de los criterios jurídicos y económicos —poder de mercado de las partes o la estructura de los mercados— que configuran, estructuran y pautan la aplicación del Derecho de la Competencia —y, en particular, del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [en lo sucesivo, TFUE]— en los casos y en el contexto en los que concurren acuerdos de cooperación horizontal, mas, obviamente, en la medida en que pudieren afectar al comercio entre los Estados Miembros. A tal efecto, esta se ha dotado de de que establece las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de a los Acuerdos de Cooperación Horizontal —en lo sucesivo, DACH—⁵⁰. Ahora bien, no ha de olvidarse la Comunicación de la Comisión que recoge las Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del artículo 81 del Tratado⁵¹, toda vez que «la Comisión aplicará el presente marco que ofrece orientaciones más detalladas sobre la aplicación de las cuatro condiciones del apartado 3 del artículo 81 que las recogidas en las Directrices de la Comisión sobre acuerdos de cooperación horizontal», siendo «el marco establecido por tales Directrices aplicable también a los acuerdos contemplados en las directrices específicas de los Acuerdos de Cooperación Horizontal —apartado 5—».

La cooperación horizontal —que puede comprender tanto los bienes como los servicios [denominados en lo sucesivo colectivamente como «productos»]— puede derivar, tanto en los casos en los que el acuerdo se concluya entre competidores reales o potenciales, como también en los supuestos de acuerdos entre no competidores —apartado 1 DACH⁵²—. En base a ello, las «Redes Empresariales» constituyen la figura económico-empresarial propia para la concurrencia de la cooperación horizontal, pudiendo originar beneficios económicos directos de gran magnitud, al tiempo que presentan otras ventajas, tanto en cuanto a ahorro en costes, como en la proyección y avances en la innovación —apartado 2 DACH⁵³—.

Ahora bien, los acuerdos de cooperación horizontal también pueden generar problemas de competencia —apartado 3 DACH [en particular, cuando las autoridades públicas incitan a la empresas a firmar acuerdos de cooperación horizontal para lograr un objetivo de interés público mediante la autorregulación⁵⁴]— y presentar dificultades de determinación por su coincidencia en ciertos elementos comunes con las «concentraciones horizontales», en especial en los que respecta a las empresas en participación⁵⁵. Las «Redes Empresariales» pueden restringir la competencia mediante los acuerdos de cooperación horizontal, bien mediante acuerdos que, por su propia naturaleza y objeto, tuvieren el potencial de restringir la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE —en cuyo caso no resulta necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado—, bien mediante acuerdos que tuvieren como efecto sensible, tanto real como

potencial, la restricción de la competencia. En este segundo caso —efectos restrictivos de la competencia—, para que el acuerdo fuera subsumible en el tipo del artículo 101.1 TFUE, el mismo debe tener un impacto negativo apreciable, real o probable⁵⁶, tanto «ad intra» como «ad extra», por lo menos en uno de los parámetros de la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos y la innovación, reduciendo la independencia de la toma de las decisiones de las partes⁵⁷; todo ello habiendo de ser cotejado con el contexto jurídico y económico real en el que se daría la competencia sin el acuerdo con todas sus presuntas restricciones; esto es, sin el acuerdo existente —en el caso de que ya se aplicare— o previsto —si aún no se ejecutare— en el momento de la evaluación⁵⁸. En base a ello, ha de velar por una evaluación equilibrada entre los efectos restrictivos de la competencia y los beneficios que pueden proporcionar —apartado 4 DACH—.

Las Directrices se aplican a los tipos más habituales de cooperación horizontal —acuerdos de investigación y desarrollo, acuerdos de producción [incluidos los de subcontratación y especialización], acuerdos de compra, acuerdos de comercialización, acuerdos de estandarización [incluidos los contratos estándar] y los acuerdos de intercambio de información—, con independencia del nivel de integración que impliquen, salvo, obviamente, los acuerdos que constituyeren una concentración a tenor del artículo 3 del Reglamento (CE) Núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas [en lo sucesivo, RCCE] —apartados 5 y 6 DACH—⁵⁹. En todo caso, las Directrices constituyen una orientación adicional específica y un complemento de los Reglamentos específicos de exención de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo y de los Acuerdos de Especialización —apartado 8 DACH—, no siendo óbices para, en su caso, la posible aplicación paralela del artículo 102 TFUE y teniendo que ser entendidas, tal y como se ha señalado previamente, en conjunción con las Directrices relativas al apartado 3 del artículo 81 del Tratado —en lo sucesivo, «Directrices Generales»⁶⁰—, toda vez que estas presentan orientaciones generales para la interpretación del artículo 101 TFUE.

Ahora bien, se ha de tener presente que existen ámbitos sectoriales —agricultura, transporte y seguros— excluidos de la aplicación de las citadas Directrices, los cuales se regirán por sus normas sectoriales específicas⁶¹. Por ello, en los Acuerdos de Cooperación Horizontal de las «Redes Empresariales» se han de analizar la naturaleza y el contenido del acuerdo, esto es, el ámbito y el objetivo de la cooperación, la competencia entre las partes⁶² y el alcance de la combinación de sus actividades, puesto que los mismos determinan la tipología de la posible problemática de competencia⁶³—apartado 32 DACH—. A este respecto, resultan especialmente relevantes los acuerdos de intercambio de información estratégica, puesto que aumentan la coordinación de los partícipes de la «Red Empresarial», incidiendo en sus costes comunes⁶⁴.

III.2. DETERMINACIÓN DE «COMPETIDOR» Y DE «COOPERACIÓN INTEGRADA»

La determinación del concepto de «competidor» por parte de las Directrices se realiza en base a un criterio positivo y otro negativo.

De acuerdo con el criterio positivo, el concepto de «competidor» comprende, tanto a los competidores reales como a los potenciales. Así, se considera como competidor real a las empresas que operan en el mismo mercado de referencia. Por su parte, se considera que una empresa es competidora potencial de otra si, de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa realice en un corto periodo de tiempo⁶⁵ las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia en el que opera la segunda empresa⁶⁶.

Por su parte, en base al criterio negativo, no son competidores —a efectos de las Directrices— las compañías que formen parte de una misma «empresa» a tenor del artículo 101.1 TFUE, ya que este precepto solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes⁶⁷.

En lo que respecta a la «cooperación integrada», dos son los factores a aplicar para la determinación de su centro de gravedad; de una parte, el punto de partida de la cooperación y, de otra parte, el grado de integración de las distintas funciones que se combinan.

Ahora bien, se establece un principio general negativo —esto es, no atentatorio de la competencia— aplicable a los Acuerdos de Investigación y Desarrollo y de Especialización, que se infiere de la limitada capacidad técnica de los partícipes del acuerdo. Así, los acuerdos de cooperación horizontal entre los competidores que, con arreglo a factores objetivos, no podrían llevar a cabo independientemente el proyecto o la actividad cubierta por la cooperación, debido, por ejemplo, a las limitadas capacidades técnicas de las partes, no producirán por lo general efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE, a menos que las partes hubieran podido llevar a cabo el proyecto con unas restricciones menos graves⁶⁸. En este orden de cosas, igualmente, cuando la entrada en un mercado fuere bastante fácil se entenderá que un acuerdo de cooperación horizontal no produce efectos restrictivos de la competencia⁶⁹.

III.3. DETERMINACIÓN DEL «PODER DE MERCADO»

La determinación del concepto de «poder de mercado» se efectúa sobre los parámetros de los precios y de los productos o innovación —apartado 39 DACH⁷⁰—y su creación, mantenimiento y fortalecimiento pueden ser resultado, tanto de una mayor capacitación, previsión o innovación, como también de una disminución de la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera

de las partes y terceros —apartado 41 DACH⁷¹—. En todo caso, el concepto de «poder de mercado» es una cuestión de grado, siendo el requerido en los supuestos de determinación de una infracción del artículo 101.1 TFUE por el efecto inferior que el requerido en la determinación de los supuestos del artículo 102 TFUE para definir la existencia de una posición dominante.

Asimismo, el estudio y análisis del «poder de mercado» ha de partir de la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación, habiendo de definirse los mercados de referencia de acuerdo con el método establecido por de relativa a de Mercado de Referencia⁷², si bien en algunos supuestos específicos de mercados —compra o tecnología— podrá encontrarse una orientación adicional en las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal.

En este orden de cosas, cabe manifestar que, atendiendo a la diversidad de los acuerdos de cooperación horizontal y de los efectos que pueden producir en las diferentes situaciones de mercado, resulta imposible determinar un umbral general de cuota de mercado, a partir del cual se pueda presuponer que existe un poder de mercado suficiente como para causar efectos restrictivos de la competencia⁷³.

A este respecto, cabe señalar también que utiliza cuotas de mercado existentes⁷⁴ y, en su caso, datos históricos —si las cuotas de mercado fueren volátiles— y las interpreta de acuerdo con las condiciones de mercado probables⁷⁵, aunque también puede tener presente ciertos acontecimientos futuros —salida, entrada o expansión en el mercado de referencia—.

III.4. DETERMINACIÓN DE LA «EXENCIÓN» EX ARTÍCULO 101.3 TFUE

Un acuerdo de cooperación horizontal restrictivo de la competencia por objeto y/o efecto —artículo 101.1 TFUE— puede presentar también, en cambio, efectos positivos para la competencia —artículo 101.3 TFUE—. Pues bien, los principios, criterios, análisis y parámetros empleados para determinar la aplicación del artículo 101.3 TFUE se hallan establecidos, con carácter principal y previo, en las «Directrices Generales», que, aun cuando no resulten vinculantes, sirven de orientación a los tribunales y a las autoridades de los Estados Miembros —apartado 4 Directrices Generales—, habiendo de recaer la carga de la prueba de lo dispuesto en el citado precepto en la empresa o empresas que invocaren su aplicación —artículo 2 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a de las Normas sobre Competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado [en lo sucesivo, RANCT]—.

La aplicación de la exención del artículo 101.3 TFUE, además de tener que cumplir los cuatro requisitos cumulativos que se contemplan en el mismo, en los supuestos de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo y de Investigación, coexiste con los respectivos «Reglamentos de Exención por Categorías», los

cuales parten de la premisa de que la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios puede ser fuente de eficiencias sustanciales —apartado 50 DACH—⁷⁶.

IV. ACUERDOS DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO

Los acuerdos de investigación y desarrollo pueden combinar distintas capacidades de investigación que permitan a las partes producir bienes mejores de un modo más económico y acortar el plazo de lanzamiento al mercado de los correspondientes productos —apartado 51 DACH—.

El análisis de tales acuerdos se realizará en base a las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, así como al Reglamento (UE) Núm. 1217/2010 de, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo —en lo sucesivo, RDCAID⁷⁷—.

IV.1. MODALIDADES DE ACUERDOS Y MERCADOS DE REFERENCIA

Las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, si bien establecen un epígrafe definitorio de los acuerdos de investigación y desarrollo, no obstante, se ha de criticar y censurar tal enunciado, ya que no constituye su definición, sino la determinación de sus modalidades y contenidos.

Así, los acuerdos de investigación y desarrollo —pudiendo variar tanto en su forma como en su ámbito de aplicación— pueden prever la subcontratación de algunas actividades de investigación y desarrollo, la mejora en común de las tecnologías existentes o una cooperación en cuanto a investigación, desarrollo y comercialización de productos completamente nuevos. A tal efecto, cabe adoptar la forma de acuerdos de cooperación o de empresas controladas conjuntamente —apartado 111 DACH—. En los acuerdos de Investigación y Desarrollo resulta fundamental determinar el centro de gravedad de la cooperación integrada, por lo que es preciso analizar la modalidad del acuerdo de investigación y desarrollo concreto⁷⁸.

Por lo que respecta a la determinación del mercado de referencia, es absolutamente imprescindible determinar los productos, las tecnologías y las actividades de investigación y desarrollo que ejerzan la mayor presión competitiva sobre las partes, pudiendo oscilar las posibles situaciones entre dos extremos: de una parte, las innovaciones que pudieren desembocar en un producto —o una tecnología— que fuere a competir en un mercado de productos —o de tecnologías— existente⁷⁹, y, de otra parte, las innovaciones que pueden desembocar en un producto muy novedoso que creará su propio mercado⁸⁰.

IV.1.A. Mercados de productos existentes

La determinación de los mercados de productos existentes se realiza en función del contenido y del objeto del acuerdo de investigación y desarrollo en relación con el producto: regla esta que puede ser inferida del tenor de las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal.

Así, en los casos en los que la colaboración se refiriere a actividades de investigación y desarrollo orientadas hacia la mejora de productos existentes, esos últimos, incluidos sus productos sustitutivos aproximados, constituyen el mercado de referencia afectado por la cooperación —apartado 113 DACH—.

De otra parte, en los supuestos en los que los acuerdos de investigación y desarrollo tuvieren por objeto modificar profundamente un producto existente —o, incluso, lanzar un nuevo producto, que sustituyere los productos existentes—, la sustitución del producto existente podría ser imperfecta o solo producirse a largo plazo. En este caso, puede concluirse que los antiguos y los posibles nuevos productos no pertenecen al mismo mercado de referencia. El mercado de los productos existentes podría, sin embargo, verse afectado si la puesta en común de las actividades de investigación y desarrollo pudiere implicar una coordinación del comportamiento de las partes como proveedores de productos existentes⁸¹ —apartado 114 DACH—.

Finalmente, si los acuerdos de investigación y desarrollo se refirieren a un componente importante de un producto final, el mercado de referencia para la evaluación sería, no solamente el mercado de dicho componente, sino también el mercado del producto final existente⁸². No obstante, a efectos de la evaluación, el mercado de los productos finales solo será mercado de referencia si el componente a que se refiere la investigación y desarrollo resulta, técnica o económicamente, un componente esencial de estos productos finales y si las partes del acuerdo de investigación y desarrollo tienen poder de mercado por lo que respecta a tales productos finales —apartado 115 DACH—.

IV.1.B. Mercados de tecnologías existentes

Los mercados de tecnologías incluyen los derechos de propiedad intelectual que se conceden bajo licencia, así como las tecnologías alternativas similares, es decir, otras tecnologías que los clientes podrían utilizar como alternativa. Por ello, cuando se comercializan derechos de propiedad intelectual independientemente de los productos a los que corresponden, también debe definirse el mercado tecnológico de referencia —apartado 116 DACH—.

El método para definir los mercados de tecnologías se basa en los mismos principios que el de la definición del mercado de productos. Así, empezando por la tecnología comercializada por las partes, hay que determinar las otras

tecnologías a las que los clientes podrían cambiar como respuesta a un aumento pequeño, pero constante, de los precios relativos. Una vez determinadas las tecnologías, las cuotas de mercado se pueden calcular dividiendo los ingresos por licencias generados por las partes por los ingresos totales de las licencias de todos los licenciadores —apartado 117 DACH—.

A este respecto, la posición de las partes en el mercado de tecnologías existentes constituye un criterio de evaluación determinante en los casos en los que la colaboración en investigación y desarrollo pretenda mejorar radicalmente una tecnología existente o poner a punto una nueva tecnología destinada a sustituir una tecnología existente. Sin embargo, la cuota de mercado de las partes solo puede tomarse como punto de partida del análisis. En los mercados de tecnologías, debe ponerse especial énfasis en la competencia potencial. En este sentido, si empresas que actualmente no dan licencias sobre su tecnología pueden entrar en el mercado de la tecnología, podrían limitar la capacidad de las partes para subir rentablemente los precios de su tecnología. Este aspecto del análisis también puede tenerse directamente en cuenta al calcular las cuotas de mercado, basándolas en las ventas de los productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados posteriores del producto —apartado 118 DACH—.

IV.1.C. Mercados de la innovación

Los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo pueden afectar, no solo a la competencia en los mercados existentes, sino también en los mercados de la innovación y de los productos nuevos. Tal sería el caso de acuerdos de colaboración en los que la colaboración en investigación y desarrollo se refiriere al desarrollo de nuevos productos o nuevas tecnologías que pudieren —si se tratare de productos o tecnologías nacientes— llegar a sustituir a los productos o tecnologías existentes o que estuvieren destinados a un nuevo uso y, por lo tanto, no sustituirán a productos o tecnologías existentes, sino que crearán una demanda completamente nueva. Los efectos sobre la competencia en el ámbito de la innovación son importantes en este tipo de situaciones, pero puede suceder que su evaluación sea insuficiente si el análisis se limita a la competencia real o potencial en los mercados de productos o tecnologías existentes. A este respecto, cabe distinguir dos situaciones, en función de la naturaleza del proceso de innovación en un sector de actividad determinado —apartado 119 DACH—.

En la primera situación, el proceso de innovación está estructurado de tal manera que es posible determinar en una fase inicial los polos competidores de investigación y desarrollo⁸³. En este caso, puede analizarse si, tras el acuerdo, quedará suficiente número de polos de investigación y desarrollo. El análisis se inicia por las actividades de investigación y desarrollo de las partes. A continuación, es necesario definir unos polos competidores de investigación y desarrollo

verosímiles⁸⁴. Un polo de investigación y desarrollo no es un competidor verosímil si no se puede considerar que es un sustituto aproximado de la actividad de investigación y desarrollo de las partes desde el punto de vista, por ejemplo, del acceso a los recursos o de su calendario. Además del efecto directo en la innovación propiamente dicha, la colaboración puede también afectar a un nuevo mercado de productos. A menudo será difícil analizar los efectos en ese mercado directamente, ya que, por su propia naturaleza, el mismo no existe todavía. Por ello, el análisis de estos mercados estará a menudo incorporado implícitamente en el análisis de la competencia en la innovación. Sin embargo, puede ser necesario considerar directamente los efectos en dicho mercado de los aspectos del acuerdo que van más allá de la fase de investigación y desarrollo. Un acuerdo de esta naturaleza que incluya la producción y comercialización conjuntas en el mercado del producto nuevo puede, por ejemplo, evaluarse diferentemente que un acuerdo puro de Investigación y Desarrollo —apartado 121 DACH—.

En la segunda situación, las actividades de innovación en un sector no están estructuradas de manera suficientemente clara para permitir la definición de polos de investigación y desarrollo. En este caso, salvo que existieren circunstancias excepcionales, no pretenderá evaluar los efectos sobre la innovación de una cooperación concreta en innovación y desarrollo y limitará su evaluación a los mercados de productos o tecnologías relacionados con la cooperación en cuestión —apartado 122 DACH—.

IV.1.D. Determinación de las cuotas de mercado

Al igual que la determinación de los mercados de productos existentes, la determinación de las cuotas de mercado se realiza en función del contenido y del objeto del acuerdo de investigación y desarrollo en relación con el producto. En todo caso, el cálculo de las cuotas de mercado, tanto a efectos de las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, como del correspondiente Reglamento de exención por Categorías de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo, debe reflejar la distinción entre los mercados existentes y la competencia en la innovación.

En este sentido, si el acuerdo de investigación y desarrollo solamente se propusiere mejorar o perfeccionar los productos existentes, este mercado incluiría los productos directamente afectados por la innovación y desarrollo. Al inicio de una colaboración en investigación y desarrollo, el punto de referencia es el mercado de productos que pueden mejorarse, substituirse o reemplazarse por los productos en preparación. Así, las cuotas de mercado pueden calcularse sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes —apartado 123 DACH—.

En el supuesto de que el acuerdo de investigación y desarrollo se propusiere substituir un producto existente, el nuevo producto, si tiene éxito, será un sustituto

de los productos existentes. Así pues, para valorar la posición competitiva de las partes, es de nuevo posible calcular las cuotas de mercado sobre la base del valor de las ventas de los productos existentes. Por consiguiente, el Reglamento de exención por categorías de los acuerdos de investigación y desarrollo basa la exención de esos supuestos en la cuota de mercado en el «mercado de referencia de los productos susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por los productos considerados en el contrato» —artículo 1.1.u) RDCAID—. Ahora bien, para poder entrar en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esta cuota de mercado no puede exceder del veinticinco por ciento de los mercados de productos y tecnológico de referencia —artículo 4.2 RDCAID—.

En tercer lugar, si los acuerdos de investigación y desarrollo se propusieren crear un producto que suscitare una demanda completamente nueva, no podrían calcularse las cuotas de mercado en función de las ventas —solamente es posible un análisis de los efectos del acuerdo sobre la competencia en la innovación—. Por lo tanto, el Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo trata estos acuerdos como si fueran acuerdos entre no competidores y los exime, con independencia de la cuota de mercado, mientras dure la investigación y el desarrollo conjuntos y también cuando los resultados se exploten en común, durante un período adicional de siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías se comercialicen por primera vez en el Mercado Interior —artículo 4.2 RDCAID—. Ahora bien, si el acuerdo eliminare la competencia efectiva en la innovación, se le podría privar del beneficio de la exención por categorías⁸⁵. Ello no obstante, transcurrido el periodo de siete años, las cuotas de mercado pueden calcularse en función del valor de las ventas y se aplicaría el umbral de cuota de mercado del veinticinco por ciento —artículo 4.2 RDCAID—.

Finalmente, en el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas que le corresponde a cada tecnología, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Sin embargo, con frecuencia esta opción es más teórica que real, dada la falta de información clara sobre los cánones o sobre el uso gratuito de licencias cruzadas. Un planteamiento alternativo consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de bienes o servicios que incorporen la tecnología licenciada en los mercados posteriores de productos. Con este planteamiento se tienen en cuenta todas las ventas, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que está patentada⁸⁶. En este mercado la cuota tampoco puede exceder del veinticinco por ciento —con independencia del método de cálculo utilizado— para poder acogerse a los beneficios del Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Investigación y Desarrollo —apartado 125 DACH—.

IV.2. RESTRICCIÓN DE EX ARTÍCULO 101.1 TFUE

Los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo pueden presentar múltiples modalidades que conduzcan a la restricción de la competencia, asimismo, de muy diferentes modos⁸⁷. Ahora bien, la determinación de los supuestos restrictivos de la competencia cabe realizarla en base a dos principios, uno positivo y otro negativo.

De acuerdo con el principio positivo, los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo pueden dar lugar a efectos restrictivos de la competencia únicamente si las partes de la colaboración tienen poder de mercado⁸⁸ en los mercados existentes y/o se reduce sensiblemente la competencia en cuanto a la innovación —apartado 133 DACH—.

En función del principio negativo, como premisa general cabe afirmar que los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo que incluyeren la explotación conjunta de los posibles resultados futuros no restringe necesariamente la competencia. Ahora bien, los acuerdos de investigación y desarrollo constituyen una restricción de la competencia «por el objeto» si no se refieren verdaderamente a la investigación y desarrollo conjunta, sino que se utilizan como instrumento para constituir un cartel encubierto, mediante el empleo, por ejemplo, de prácticas prohibidas como la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto de mercados —apartado 128 DACH—⁸⁹.

Por lo que se refiere a los «efectos» restrictivos de la competencia, con carácter general y previo, cabe señalar que la mayoría de los acuerdos de investigación y desarrollo no están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE. Este es el caso, en primer lugar, de muchos acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo una fase más bien inicial, muy distante de la explotación de sus posibles resultados —apartado 129 DACH—.

En este orden de cosas, en segundo lugar, se ha de atender a los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo entre no competidores, los cuales tampoco dan lugar, en principio, a efectos restrictivos de la competencia⁹⁰. Las relaciones de competencia entre las partes deben analizarse en el contexto de los mercados existentes afectados y/o de la innovación. Si, basándose en factores objetivos, las partes no pueden realizar independientemente la investigación y desarrollo necesarios, debido, por ejemplo, a las capacidades técnicas limitadas de las partes, el correspondiente acuerdo de investigación y desarrollo no tendrá, por lo general, ningún efecto restrictivo de la competencia. Esta observación puede aplicarse, por ejemplo, a las empresas que ponen en común conocimientos, tecnologías y otros recursos complementarios. La cuestión de la competencia potencial debe examinarse desde un punto de vista realista⁹¹.

En tercer lugar, otro de los supuestos a considerar es el de la «externalización» de la investigación y desarrollo que anteriormente hubiere sido interna. En estos supuestos, la investigación y el desarrollo los suelen realizar empresas

especializadas, institutos de investigación o centros académicos, que no se dedican a la explotación de los resultados. Por lo general, este tipo de acuerdos se combinan con una transferencia de conocimientos técnicos y/o una cláusula de suministro exclusivo aplicable a los eventuales resultados, que, debido a la naturaleza complementaria de las partes que cooperan en estas situaciones, no producen efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE —apartado 131 DACH—.

En cuarto lugar, la colaboración en investigación y desarrollo que no conlleve la explotación conjunta de los posibles resultados mediante la concesión de licencias, la producción y/o la comercialización, no suele producir efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE. Estos acuerdos puros de investigación y desarrollo solo pueden plantear un problema de competencia si esta se reduce sensiblemente en cuanto a la innovación, dejando únicamente un número limitado de polos competidores de investigación y desarrollo verosímiles —apartado 132 DACH—⁹².

En quinto lugar, los acuerdos que no resultan subsumibles en el ámbito de aplicación del Reglamento de Exención por Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo por exceder el umbral del veinticinco por ciento de la cuota de mercado combinada de las partes tampoco generan necesariamente efectos restrictivos de la competencia. Ahora bien, cuanto mayor fuere la posición combinada de las partes en los mercados existentes y/o más se restringe la competencia en la innovación, más probable es que el acuerdo de investigación y desarrollo pueda causar efectos restrictivos de la competencia —apartado 135 DACH—.

En sexto lugar, en los casos en los que los acuerdos de investigación y desarrollo se destinaren a mejorar o perfeccionar productos o tecnologías existentes, los posibles efectos derivados se refieren al mercado o mercados de referencia de estos productos o tecnologías existentes. No obstante, los efectos sobre los precios, la producción, calidad y variedad del producto o la innovación en los mercados existentes solo son probables si las partes tuvieran conjuntamente una posición de fuerza, si la entrada en estos mercados fuere difícil y si las actividades de innovación alternativas fueran escasas. Además, si las actividades de investigación y desarrollo solo afectan a un producto intermedio relativamente secundario, incluido en la composición de un producto final, los efectos sobre la competencia en este producto final serán —en el caso de que los hubiere— muy limitados —apartado 136 DACH—.

En séptimo lugar, cabe mencionar los acuerdos de investigación y desarrollo que conlleven un producto o una tecnología totalmente nuevos, lo que originará su propio mercado. En este supuesto resulta escasamente probable que se produzcan efectos sobre los precios y la producción en los mercados existentes. El análisis debe centrarse en las restricciones que puedan afectar a la innovación. Los efectos restrictivos de la competencia podrían surgir, en su caso, cuando

dos o varias de las escasas empresas que desarrollaren el nuevo producto comenzaren a cooperar en una fase en la que cada una de ellas estuviere muy cercana a lanzar ese producto de un modo autónomo⁹³.

Finalmente, los acuerdos de colaboración en investigación y desarrollo también pueden quedar fuera de su Reglamento de Exención por Categorías, independientemente del poder del mercado de las partes. Así sucede, por ejemplo, con los acuerdos que restringen indebidamente el acceso de una parte a los resultados de la colaboración en investigación y desarrollo —artículo 3.2 RDCAID—. El Reglamento de exención por categorías establece una excepción a esta norma general cuando se trata de institutos de investigación, centros académicos o empresas especializadas que prestan la investigación y desarrollo como servicio y que no participan en la explotación industrial de sus resultados —artículo 3.2 RDCAID—. No obstante, los acuerdos fuera del ámbito de aplicación del mencionado Reglamento y que establecen derechos de acceso exclusivos a efectos de explotación, cuando entran en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE pueden cumplir los criterios de exención formulados en el artículo 3.3 RDCAID; en particular, cuando estos derechos de acceso exclusivos son económicamente indispensables en función del mercado, los riesgos y las considerables inversiones necesarias para poder explotar los resultados de la investigación y el desarrollo.

IV.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE

En lo que respecta a las mejoras de eficiencia, muchos acuerdos de investigación y desarrollo, con o sin explotación conjunta de los posibles resultados, obtienen mejoras de eficiencia mediante la combinación de conocimientos y activos complementarios, generando, así, productos mejorados o nuevos y preconizando el desarrollo y comercialización de tecnologías con mayor rapidez; todo ello, además, con reducción de costes. De igual modo, también pueden dar lugar a una mayor difusión del conocimiento, que puede generar una mayor innovación —apartado 141 DACH—⁹⁴. Ahora bien, la eficiencia no ha de ser necesariamente lineal, sino que puede desglosarse en las etapas en las que se divide un proceso de investigación y desarrollo⁹⁵, ni tampoco unidimensional, ya que se pueden generar diversas eficiencias de carácter cualitativo, que, incluso, pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas⁹⁶.

En cuanto al carácter indispensable de las restricciones, dicha condición no concurre en los supuestos del artículo 5 RDCAID —«restricciones especialmente graves»—⁹⁷.

En lo atinente al beneficio para los consumidores, resulta muy probable que un acuerdo de investigación y desarrollo obtenga aumentos de eficiencia que beneficien a los consumidores⁹⁸, especialmente en los casos en que dé origen

a la combinación de conocimientos y activos complementarios⁹⁹. Ahora bien, cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable resultará que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.

Por su parte, en relación al momento de evaluación, esta se realiza en el contexto real en el que se producen los acuerdos restrictivos y en función de los hechos de un momento determinado. A tal respecto, es preciso tomar en consideración las inversiones irrecuperables inicialmente efectuadas por cualquiera de las partes y el tiempo y las restricciones necesarias para efectuar y recuperar una inversión que aumenta la eficiencia. El artículo 101 TFUE no puede aplicarse sin tener en cuenta esas inversiones anteriores. Así, el riesgo al que se enfrentan las partes y las inversiones irrecuperables que deben efectuarse para aplicar el acuerdo pueden llevar, según los casos, a que el acuerdo quede fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE o a que cumpla las condiciones del artículo 101.3 TFUE, durante el período de tiempo necesario para recuperar la inversión. En caso de que la inversión resultante de la inversión se beneficiare de cualquier tipo de exclusividad concedida a las partes en virtud de normas específicas de protección de derechos de propiedad intelectual, será poco probable, en general, que el período de recuperación de tal inversión exceda del período de exclusividad establecido con arreglo a dichas normas —apartado 145 DACH—. Ahora bien, existe un caso particular, consistente en que el acuerdo de colaboración restrictivo constituyere un «acontecimiento irreversible»; en tales casos, la evaluación habrá de efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento en que se complete la aplicación del acuerdo¹⁰⁰.

V. ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN

El estudio de los acuerdos de especialización se realizará de acuerdo con las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, así como con el Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización —en lo sucesivo RDCAE¹⁰¹—.

Los acuerdos de especialización, a diferencia de los acuerdos de investigación y desarrollo que presentan una tipología, naturaleza y régimen propios, constituyen una modalidad de los acuerdos horizontales de producción. Asimismo, a diferencia también de los acuerdos de investigación y desarrollo, en el caso de los acuerdos de especialización las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal sí establecen una definición de las diferentes modalidades que pueden presentar. Así, los acuerdos unilaterales de especialización son acuerdos entre dos partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales una de ellas acuerda cesar, total o par-

cialmente, la producción de ciertos bienes o abstenerse de producir esos bienes y comprarlos a la otra parte, que acepta producir y suministrar esos productos. Por su parte, los acuerdos de especialización recíproca son acuerdos entre dos o más partes activas en el mismo o en los mismos mercados de productos, en virtud de los cuales dos o más partes se comprometen, sobre una base de reciprocidad, a cesar o a abstenerse de fabricar productos determinados y diferentes y a comprárselos a las otras partes, las cuales se comprometen a suministrárselos —apartado 152 DACH¹⁰²—. En todo caso, los acuerdos de especialización pueden presentar libertad de forma¹⁰³.

V.1. MERCADOS DE REFERENCIA

Los mercados de referencia se determinan en función de la naturaleza de los productos objeto del acuerdo de especialización. Ahora bien, esta tipología de acuerdos también puede tener efectos indirectos en «mercados adyacentes», ascendentes o descendentes, del mercado afectado directamente por la cooperación —los denominados «mercados afectados indirectamente»¹⁰⁴—. En este sentido, resulta probable que los mercados afectados indirectamente sean mercados de referencia si son interdependientes y las partes tienen una posición sólida en el mercado afectado indirectamente —apartado 156 DACH—.

V.2. RESTRICCIÓN DE *EX* ARTÍCULO 101.1 TFUE

V.2.A. *Régimen general*

Los acuerdos de especialización y, en particular, las empresas partícipes en tales acuerdos pueden llevar a las partes a alinear directamente los niveles y la calidad de la producción, el precio al que la empresa en participación vende sus productos u otros parámetros importantes desde el punto de vista de la competencia, lo cual puede restringir la misma incluso en el caso de que las partes comercializaran los productos independientemente —apartado 157 DACH—.

Asimismo, los acuerdos de especialización también pueden conllevar que los partícipes coordinen su comportamiento competitivo como proveedores, lo que conduciría a precios más altos y a una menor producción, innovación, calidad o variedad de productos; esto es, a un resultado colusorio. Ello puede suceder siempre que las partes tengan poder de mercado y que existan características de mercado conducentes a dicha coordinación, especialmente cuando el acuerdo de especialización incrementa los costes comunes de las partes —esto es, la proporción de los costes variables que las partes tienen en común— en un grado tal que les permita llegar a un resultado colusorio, o si el acuerdo entraña

un intercambio de información comercial confidencial que pueda llevar a un resultado colusorio —apartado 158 DACH—.

Por último, los acuerdos de especialización pueden, además, llevar a la exclusión contraria a la competencia de terceros en un mercado relacionado¹⁰⁵. Estos problemas de competencia pueden materializarse independientemente de que los partícipes del acuerdo sean competidores en el mercado en el que tiene lugar la colaboración. Sin embargo, para que esta clase de exclusión produzca efectos contrarios a la competencia, al menos una de las partes debe tener una posición de mercado sólida en el mercado donde se evalúan los riesgos de exclusión.

V.2.B. Restricción de la competencia por el objeto

Los acuerdos que implican fijar los precios, limitar la producción o repartirse el mercado o los clientes, resulta obvio que restringen la competencia por el objeto. Ahora bien, en el contexto de los acuerdos de especialización ello no se aplica en dos supuestos. De una parte, cuando los partícipes se ponen de acuerdo sobre la producción directamente afectada por el acuerdo de producción —por ejemplo, la capacidad y el volumen de producción de una empresa en participación o la cuantía acordada de productos procedentes de una externalización—, a condición de que no se eliminen los otros parámetros de la competencia o, de otra parte, cuando un acuerdo de especialización —que también contempla la distribución conjunta de los productos fabricados conjuntamente— prevé la fijación conjunta de los precios de venta de tales productos —y solo de ellos—, siempre que la citada restricción fuere necesaria para la producción conjunta; esto es, que en caso contrario las partes carecerían desde el principio de un incentivo para concluir el acuerdo de especialización. En ambos casos el acuerdo relativo a la producción o a los precios no será evaluado separadamente, sino a la luz de los efectos globales de la totalidad del acuerdo de especialización sobre el mercado —apartado 161 DACH—.

V.2.C. Efectos restrictivos de la competencia

Sin perjuicio de que la competencia de las partes en un acuerdo de especialización pueden limitarse de diferentes modos¹⁰⁶, las variables que determinan los efectos probables de los acuerdos de especialización sobre la competencia son las características del mercado en que se aplica el acuerdo, la naturaleza de la colaboración y su cobertura del mercado, así como el producto afectado y la situación que existiría a falta del acuerdo con todas sus supuestas restricciones¹⁰⁷.

En relación con esta materia, resulta determinante el «poder de mercado» de los partícipes del acuerdo, ya que tal poder es lo único que les puede per-

mitir mantener rentablemente los precios por encima del nivel competitivo o mantener rentablemente la producción, la calidad del producto o su variedad por debajo de lo que exigiría la competencia. Asimismo, tal poder de mercado resulta relevante cuando una empresa que ostente dicho poder coopere con un posible nuevo operador¹⁰⁸.

Finalmente, se ha tener en consideración los acuerdos que conjugan las actividades de especialización y comercialización, que entrañan un mayor riesgo de producir efectos restrictivos de la competencia que los meros acuerdos de especialización conjunta. Por su parte, la comercialización conjunta acerca la cooperación al consumidor y generalmente implica la fijación conjunta de precios y ventas, es decir, unas prácticas que conllevan los mayores riesgos para la competencia. Sin embargo, por lo general, los acuerdos de distribución conjunta de productos fabricados conjuntamente tienen menos probabilidades de restringir la competencia que los acuerdos que solo se refieren a la distribución conjunta. Asimismo, un acuerdo de distribución conjunta, que es «necesario» para celebrar inicialmente el acuerdo de especialización conjunta, tiene menos probabilidades de restringir la competencia que si no es necesario para la especialización conjunta —apartado 167 DACH—.

V.2.D. «Poder de mercado»

El acuerdo de especialización, para que produzca efectos restrictivos de la competencia, requiere que los partícipes del acuerdo tengan «poder de mercado» en el mercado en el que se evalúa la restricción de la competencia. El punto inicial del análisis es la cuota de mercado de las partes, seguido del coeficiente de concentración y el número de operadores, así como otros factores dinámicos, tales como el acceso potencial al mercado y la evolución de las cuotas del mercado. Asimismo, para determinar la existencia de «poder de mercado» resulta importante el número y la intensidad de las relaciones entre los competidores presentes en el mercado.

En este sentido, resulta improbable que las empresas tengan «poder de mercado» por debajo de cierto nivel de cuota de mercado. Por lo tanto, los acuerdos de especialización unilaterales o recíprocos y los acuerdos de producción conjunta que incluyan algunas funciones de comercialización integradas, tales como la distribución conjunta, están amparados por el Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Especialización si se concluyen entre partes cuya cuota de mercado conjunta no exceda del veinte por ciento en el mercado o mercados de referencia, siempre que se cumplan las demás condiciones para la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías de los Acuerdos de Especialización. En cualquier caso, si la cuota de mercado conjunta de las partes

no excede del veinte por ciento es probable que se cumplan las condiciones del artículo 101.3 TFUE.

Ahora bien, aun cuando las cuotas de mercado de las partes del acuerdo y la concentración del mercado fueren elevadas, los riesgos de efectos restrictivos de la competencia podrían seguir siendo bajos si el mercado es dinámico; es decir, si el acceso al mercado y las posiciones en el mismo cambian frecuentemente —apartado 171 DACH—.

V.2.E. Resultado colusorio derivado de «costes comunes»

Un acuerdo de especialización entre partícipes que posean poder de mercado generará, con toda probabilidad, efectos restrictivos de la competencia si aumenta sus «costes comunes» —esto es, la proporción de los costes variables que los partícipes tienen en común— a un nivel tal que les permita incurrir en un resultado colusorio. A este respecto, los «costes pertinentes» son los costes variables del producto con el que compiten los partícipes del acuerdo —apartado 176 DACH—.

En el caso de que, antes del acuerdo de especialización, los partícipes ya dispusieran en común de una proporción elevada de los costes variables, resulta mayor la probabilidad de que el acuerdo condujere a un resultado colusorio, dado que el incremento adicional —los costes de producción del bien objeto del acuerdo— acentuará la tendencia hacia el resultado colusorio. En cambio, por el contrario, en el caso de que el incremento fuere amplio, el riesgo de un resultado colusorio podría ser elevado incluso aun cuando el nivel inicial de costes fuere bajo.

Los costes comunes aumentan el riesgo de resultado colusorio solamente cuando los costes de producción representan una proporción importante de los costes variables afectados¹⁰⁹. Asimismo, los costes comunes pueden conducir a un resultado colusorio cuando las partes acuerdan producir conjuntamente un producto intermedio que supone una amplia proporción de los costes variables del producto final con el cual las partes compiten en sentido descendente¹¹⁰.

V.3. ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE ESPECIALIZACIÓN EX ARTÍCULO 101.3 TFUE

Las mejoras de eficiencia que pueden presentar los acuerdos de especialización pueden concretarse en forma de ahorro de costes o de mejores tecnologías de producción, permitiendo a los partícipes realizar economías de escala o de alcance, que no podrían lograr individualmente —apartados 51 y 183 DACH—. Asimismo, las mejoras pueden versar sobre la calidad del producto y sobre el aumento de la gama de productos¹¹¹.

En lo que respecta al carácter indispensable de las restricciones, este requisito no presenta un régimen específico¹¹².

En todo caso, los acuerdos de especialización han de beneficiar a los consumidores —precios menores, mejor calidad, mayor variedad—¹¹³. Así pues, las mejoras de eficiencia que solamente benefician a las partes o el ahorro de costes causados por la reducción de la producción o por el reparto del mercado, no constituyen una base suficiente para el cumplimiento de los criterios del artículo 101.3 TFUE¹¹⁴.

Finalmente, el requisito de la no eliminación de la competencia ha de analizarse en el mercado de referencia al que pertenecen los productos objeto de la colaboración y en los posibles mercados afectados indirectamente.

VI. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS REGLAMENTOS DE EXENCIÓN REGLAMENTO —UE— NÚM. 1217/2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAID— Y REGLAMENTO —UE— NÚM. 1218/ 2010, DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010 —RDCAE—

El análisis del Reglamento —UE— Núm. 1217/ 2010, de 14 de diciembre de 2010 —RDCAID—¹¹⁵ y del Reglamento —UE— Núm. 1218/ 2010, de 14 de diciembre de 2010 —RDCAE—¹¹⁶ se realizará de un modo conjunto, toda vez que su contenido, *mutatis mutandi*, presenta un alto grado de identidad.

En este orden de cosas y atendiendo a la naturaleza y contenido de los acuerdos objeto de estudio, se ha de tener presente, como principio básico, la compatibilidad de aplicación de los artículos 105.3 y 106 TFUE, sostenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁷.

VI.1. «RATIO LEGIS» Y PREMISAS

De una parte, por lo que respecta a la «ratio legis», en el caso de los «acuerdos de investigación y desarrollo», el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea insta a esta a estimular a las empresas, a fin de que lleven a cabo actividades de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad, y a apoyar sus esfuerzos de cooperación —artículo 179.2—¹¹⁸. Asimismo, el Reglamento —CEE— Núm. 2821/71 habilita a la Comisión para aplicar, mediante Reglamento, el artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE que tuvieran como objeto la investigación y el desarrollo de productos, tecnologías o procedimientos hasta la fase de aplicación industrial, así como la explotación de los resultados, incluyendo las disposiciones relativas a los derechos de Propiedad Intelectual. Pues bien, el Reglamento —UE— Núm. 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre

de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo tiene, precisamente, por objeto facilitar la investigación y el desarrollo y proteger eficazmente al mismo tiempo la competencia —apartado 2 RDCAID—¹¹⁹. En lo atinente a los «acuerdos de especialización», el Reglamento —CEE— Núm. 2821/71, asimismo, habilita a la Comisión para aplicar, mediante Reglamento, el artículo 101.3 TFUE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE que tuvieren como objeto la especialización, comprendiendo los acuerdos necesarios para su realización¹²⁰. En este sentido, se ha de manifestar, a su vez, que los acuerdos de especialización, tal y como se ha manifestado previamente¹²¹, no gozan en las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal —DACH— de un tratamiento autónomo o propio, sino genérico, de subgénero del los acuerdos de producción. Pues bien, en base a ello y con la citada finalidad, es preciso realizar su estudio específico mediante el régimen que contempla el Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización —RDCAE¹²²—.

De otra parte, en lo que respecta a las premisas, denominadas como requisitos, que, a su vez, constituyen, objetivos a cumplir por los Reglamentos, su régimen es común en los casos de los «acuerdos de investigación y desarrollo» y en los «acuerdos de especialización». Así, dichos requisitos son el de garantizar la protección efectiva de la competencia y el de proporcionar una seguridad jurídica adecuada a las empresas. A tal fin, resulta necesario tomar en consideración la necesidad de simplificar la supervisión administrativa y el marco legislativo; todo ello en la mayor medida que fuere posible —apartado 4 RDCAID¹²³ y apartado 3 RDCAE¹²⁴—.

VI.2. ÁMBITO OBJETIVO «POSITIVO» DE APLICACIÓN

Los dos Reglamentos establecen que el artículo 101.1 TFUE no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo —artículo 2.1, párrafo primero, RDCAID— y a los acuerdos de especialización—artículo 2.1, párrafo primero, RDCAE—, si bien, en un defecto de técnica legislativa, incurren en una matización que carece de fundamento por su obviedad¹²⁵. El ámbito objetivo de aplicación de tales exenciones, que cabría denominar «exención objetiva positiva por el objeto», mediante el reenvío implícito que se realiza al artículo 1.1.a) RDCAID y al artículo 1.1.a), b), c) y d) RDCAE, deviene, en el caso de los acuerdos de investigación y desarrollo, de mayor extensión que el del Reglamento (CE) Núm. 2659/2000. En consonancia con dicho precepto, el «acuerdo de investigación y desarrollo» comprende «un acuerdo¹²⁶ suscrito entre dos o más partes¹²⁷ que se refiera a las condiciones en

las que estas persigan: i) la investigación y el desarrollo¹²⁸ en común¹²⁹ de productos¹³⁰ o de tecnologías considerados en el contrato¹³¹, así como la explotación en común de sus resultados¹³²; ii) la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes; iii) la investigación y el desarrollo en común de productos o tecnologías considerados en el contrato¹³³, con exclusión de la explotación en común de sus resultados; iv) la investigación y el desarrollo remunerados¹³⁴ de productos o de tecnologías considerados en el contrato, así como la explotación en común de sus resultados; v) la explotación en común de los resultados de la investigación y el desarrollo remunerados de productos o de tecnologías considerados en el contrato efectuados en común en virtud de un acuerdo previamente suscrito por las mismas partes, o vi) la investigación y el desarrollo remunerados de productos o tecnologías considerados en el contrato, con exclusión de la explotación en común de sus resultados». Así, el precepto, además de extender el ámbito de aplicación materialmente a las «tecnologías», formal y categóricamente lo amplía en el contenido de los apartados iv), v) y vi)¹³⁵.

Por lo que respecta al régimen propio diferenciado de los «acuerdos de especialización», estos pueden comprender diferentes modalidades. De una parte, los «acuerdos de especialización unilateral» constituyen acuerdos entre dos partes presentes en el mismo mercado de producto, en virtud del cual una de las partes acepta cesar total o parcialmente la producción¹³⁶ de determinados productos o abstenerse de producir dichos productos y se compromete a comprárselos a la otra parte, la cual se obliga a producirlos y suministrárselos —artículo 1.1.b) RDCAE—¹³⁷. En segundo lugar, los «acuerdos de especialización recíproca» incluyen acuerdo entre dos o más partes presentes en el mismo mercado de producto, en virtud del cual dos o más partes aceptan, sobre una base de reciprocidad, cesar total o parcialmente o abstenerse de producir determinados y diferentes productos, y se comprometen a comprárselos a las otras partes, las cuales se obligan a producirlos y suministrárselos —artículo 1.1.c) RDCAE—¹³⁸. Por último, se hallarían los «acuerdos de producción en común», en virtud de los cuales cada una o más partes se comprometen a producir conjuntamente determinados productos —artículo 1.1.d) RDCAE—¹³⁹. Ahora bien, ello ha de ser ponderado, atendiendo a que los conceptos de «especialización recíproca» y de «especialización unilateral» —que presuponen el mismo mercado de producto¹⁴⁰— no requieren que una parte reduzca su capacidad, siendo suficiente con que redujeran sus volúmenes de producción y, en todo caso, habiendo de garantizarse que ninguna parte abandonare completamente el mercado descendente¹⁴¹. No obstante, el concepto de «producción en común» —que puede conllevar la voluntad de entrar en un mercado de producto a través del acuerdo¹⁴²—no requiere que las partes reduzcan sus actividades de producción individuales más allá del ámbito de aplicación de su previsto acuerdo de producción en común —apartado 7 RDCAE—.

De otra parte, los Reglamentos, mediante la exención, que cabría denominar «exención objetiva positiva por efecto o derivativa», establece que la citada exención se aplicará también a los acuerdos de investigación y desarrollo que contuvieran disposiciones referentes a la cesión de derechos de propiedad intelectual o a la concesión de licencias sobre derechos de propiedad intelectual a una o varias partes o a una entidad que las partes designaren para llevar a cabo la investigación y el desarrollo en común, la investigación o el desarrollo remunerados o la explotación en común, siempre que tales disposiciones no constituyeren el objeto principal de dichos acuerdos, pero guardaren relación directa con ellos y fueren necesarias para su aplicación —artículo 2.2 RDCAID y artículo 2.2 RDCAE —¹⁴³.

Finalmente, los «acuerdos de especialización» prevén la «extensión accesoria» de la exención a los supuestos en los que las partes aceptaren una obligación de compra exclusiva¹⁴⁴ o de suministro exclusivo¹⁴⁵, o bien las partes no vendieren independientemente los productos de la especialización, pero los distribuyeren conjuntamente —artículo 2.3 RDCAE —¹⁴⁶.

VI.3. ÁMBITO OBJETIVO «NEGATIVO» DE APLICACIÓN

El ámbito objetivo «negativo» de aplicación contempla los supuestos en los que el Reglamento de exención no se aplicaría. Ahora bien, dicho régimen negativo no resulta único, puesto que cabe diferenciar entre el «ámbito objetivo negativo por el objeto» y el «ámbito objetivo negativo intrínseco o inherente». A este respecto, se ha de tener presente que los Reglamentos en vigor, con grave deficiencia técnica, generadora de, igualmente, una gran inseguridad jurídica, eliminan de sus textos dispositivos, mas no de sus considerandos¹⁴⁷, la previsión que contemplaban los Reglamentos precedentes con respecto de la potestad de la Comisión de retirar el beneficio de la aplicación de los mismos cuando concurrieren efectos incompatibles con lo dispuesto en el artículo 81.3 del Tratado¹⁴⁸. La pervivencia de la citada potestad únicamente en los considerandos de los Reglamentos conllevaría que no pudiera procederse a su aplicación y a su exigibilidad directas e inmediatas al carecer de amparo de derecho positivo, habiendo de proceder, a nuestro juicio, para su aplicación a un reenvío normativo implícito al Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la Aplicación de las Normas sobre Competencia previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado¹⁴⁹.

VI.3.A. *Ámbito objetivo negativo por el objeto*

Los artículos 5 RDCAID y 4 RDCAE establecen que el régimen de exención del Reglamento no se aplicará a los acuerdos de investigación y desarrollo y a

los acuerdos de especialización, respectivamente, que, directa o indirectamente, por sí solos o en combinación con otros factores bajo control de las partes, tuvieren como objeto¹⁵⁰ «uno» o «cualquiera»¹⁵¹ de los siguientes elementos:

VI.3.A.a) Acuerdos de Investigación y Desarrollo

En primer lugar, la restricción de la libertad de las partes para realizar, independientemente o en cooperación con terceros, actividades de investigación y desarrollo en un campo no relacionado con aquel al que se refiere el acuerdo de investigación y desarrollo o, tras la finalización de la investigación o el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados, en el campo al que este se refiere o en un campo relacionado con el mismo —artículo 5.a) RDCAID—¹⁵².

En segundo lugar, la limitación de la producción o las ventas —artículo 5.b) RDCAID¹⁵³—, exceptuando los que fijaren objetivos de producción, cuando la explotación en común de los resultados incluyere la producción conjunta de los productos considerados en el contrato —inciso i)—¹⁵⁴; los que fijaren objetivos de ventas, cuando la explotación en común de los resultados incluyere la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.1, m), incisos i) o ii) RDCAID —inciso ii)—¹⁵⁵; los que establecieren prácticas que supusieren una especialización en el contexto de la explotación —inciso iii)— y los que restringieren la libertad de las partes para producir y vender productos, tecnologías o procedimientos que compitieren con los productos o tecnologías considerados en el contrato durante el período en el que las partes hubieren acordado explotar en común los resultados —inciso iv)—. El vigente precepto amplía los supuestos de hecho con respecto al Reglamento derogado, ya que, de una parte, extiende la previsión del inciso ii) a la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato y, de otra parte, incorpora los supuestos de los incisos iii) y iv).

En tercer lugar, la fijación de los precios en los casos en los que se vendieren los productos considerados en el contrato o se concedieren licencias de las tecnologías consideradas en el contrato a terceros, exceptuándose la fijación de los precios que se cobraren a los clientes inmediatos o la fijación de los cánones de las licencias aplicables a los licenciarios inmediatos cuando la explotación conjunta de los resultados incluyere la distribución conjunta de los productos considerados en el contrato o la concesión conjunta de licencias de las tecnologías consideradas en el contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1.m), incisos i) o ii) RDCAID —artículo 5.c) RDCAID¹⁵⁶—.

En cuarto lugar, la restricción del territorio en el que las partes pudieren vender pasivamente los productos considerados en el contrato o conceder licen-

cias de las tecnologías consideradas en el contrato, o restringir los clientes a los que pudieren hacer tales ventas o conceder tales licencias, con la excepción del requisito de conceder a otra una licencia exclusiva de los resultados —artículo 5.d) RDCAID¹⁵⁷—.

En quinto lugar, la prohibición o limitación de la venta activa de los productos o de las tecnologías considerados en el contrato en territorios o a clientes que no hubieren sido asignados en exclusiva a una de las partes en virtud de una especialización en el contexto de la explotación —artículo 5.e) RDCAID¹⁵⁸—. La normativa vigente amplía la base fáctica del tipo legal, por cuanto que, de una parte, incorpora la «limitación» de la venta activa y, de otra parte, elimina cualquier previsión o parámetro temporal.

En sexto lugar, la exigencia a las partes que no satisfagan las demandas de clientes en los territorios respectivos de cada una de ellas, o de clientes repartidos entre las partes en función de una especialización en el contexto de la explotación, que pretendieren comercializar los productos considerados en el contrato en otros territorios del Mercado Interior —artículo 5.f) RDCAID¹⁵⁹—. Este precepto aumenta también el supuesto de hecho de la norma, ya que incorpora el concepto genérico de «cliente», en lugar del más acotado y determinado de «usuario o revendedor».

Finalmente, la restricción de la posibilidad de que los usuarios o revendedores compraren los productos considerados en el contrato a otros revendedores en el Mercado Interior —artículo 5.g) RDCAID—. El presente precepto conlleva una deficiencia de técnica jurídica, ya que mantiene el concepto de «usuario o revendedor» presente en la normativa derogada y no la incorporada por la nueva regulación de «cliente»; esto es, los apartados f) y g) constituyen dos fenómenos que se sustentan sobre una misma base subjetiva; pues bien, habiéndose incorporado la nueva terminología —más amplia, conceptualmente considerada— de «cliente», no resulta justificado el mantenimiento de una terminología más delimitada o constreñida. A su vez, el nuevo precepto resulta más genérico, sin contemplar supuestos determinados que pudieren limitar su ámbito de aplicación¹⁶⁰.

VI.3.A.b) Acuerdos de Especialización

En primer lugar, la fijación de los precios de venta de los productos a terceras partes, con excepción de los precios que se cobran a los clientes inmediatos en el contexto de la distribución conjunta¹⁶¹ —artículo 4.a) RDCAE¹⁶²—.

En segundo lugar, la limitación de la producción o las ventas, con excepción de, o bien las disposiciones sobre la cantidad acordada de productos en el contexto de acuerdos de especialización unilateral o recíproca, o la fijación de la capacidad y el volumen de producción en el contexto de un acuerdo de

producción conjunta¹⁶³, o bien las disposiciones que fijaren objetivos de venta en el contexto de la distribución conjunta¹⁶⁴ —artículo 4.b) RDCAE¹⁶⁵—.

Por último, se hallaría el reparto de mercados y clientes —artículo 4.c) RDCAE¹⁶⁶—.

VI.3.B. *Ámbito objetivo negativo intrínseco o inherente*

El artículo 6 RDCAID establece, a diferencia del Reglamento (CE) núm. 2659/2000 —que los incorpora al ámbito del único régimen existente de exclusión de la aplicación de la normativa de exención [artículo 5]—, un régimen autónomo, propio e individualizado para determinadas obligaciones incorporadas a los acuerdos de investigación y desarrollo. Ello constituye una mejora técnica relevante, toda vez que diferencia los supuestos intrínsecamente excluidos de la aplicación de la normativa de exención¹⁶⁷, de los que «ab origine» no resultarían excluidos, mas sí, en cambio, atendiendo a su objeto.

A este respecto, de una parte, se hallaría la obligación de no impugnar, tras la culminación de los trabajos de investigación y el desarrollo, la validez de los derechos de Propiedad Intelectual que poseyeren las partes en el Mercado Interior y que fueren pertinentes para la investigación y desarrollo o bien, tras la expiración del acuerdo de investigación y el desarrollo, la validez de los derechos de Propiedad Intelectual que poseyeren las partes en el Mercado Interior y que protegieren los resultados de la investigación y el desarrollo, sin perjuicio de la posibilidad de poner término al acuerdo de investigación y desarrollo en el caso de que una de las partes impugnare la validez de dichos derechos de Propiedad Intelectual —artículo 6.a) RDCAID—¹⁶⁸.

De otra parte, se contempla la obligación de no conceder licencias a terceros para fabricar los productos considerados en el contrato o para utilizar las tecnologías consideradas en el contrato, salvo que el acuerdo previere la explotación de los resultados de la investigación y el desarrollo en común o de la investigación y el desarrollo remunerados por, al menos, una de las partes y esa explotación se produjere en el Mercado Interior respecto a terceros¹⁶⁹.

VI.4. REQUISITOS O CONDICIONES PARA LA EXENCIÓN

El Reglamento no contempla un régimen general de requisitos o condiciones para la verificación de la exención, sino que procede a determinar un régimen «ad casum», toda vez que los requisitos se contemplan en función de la modalidad o tipología de los acuerdos de investigación y desarrollo, si bien se determina un régimen, que cabría calificar como de «común».

Así, en primer lugar, el acuerdo de investigación y desarrollo deberá estipular que todas las partes tendrán «pleno acceso» a los resultados de la investigación y el desarrollo en común o a la investigación o el desarrollo remunerados, incluidos los derechos de propiedad intelectual o conocimientos técnicos que puedan derivarse, con el fin de proseguir la investigación o la explotación, tan pronto como estén disponibles. Cuando, de conformidad con el presente Reglamento, las partes limiten sus derechos de explotación, en especial cuando se especialicen en el contexto de la explotación, el acceso a los resultados a los efectos de su explotación podrá limitarse en consecuencia. Además, los institutos de investigación, los centros académicos o las empresas que ejerzan actividades de investigación y desarrollo como un servicio comercial sin participar normalmente en la explotación de los resultados, podrán acordar limitar el uso de los resultados a ulteriores investigaciones. El acuerdo de investigación y desarrollo podrá prever que las partes se compensen mutuamente por el acceso a los resultados a los efectos de proseguir la investigación o la explotación, sin que esa compensación sea, no obstante, tan alta que impida en realidad ese acceso —artículo 3.2 RDCAID¹⁷⁰—.

En segundo lugar, en los casos en los que el acuerdo de investigación y desarrollo «únicamente previene la investigación y el desarrollo en común o la investigación y el desarrollo remunerados», habrá de conceder a cada una de las partes acceso a cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes de las otras partes, siempre que tales conocimientos fueren indispensables para la explotación de los resultados. A este respecto, el acuerdo de investigación y desarrollo podría prever que las partes se compensaren mutuamente por el acceso a sus conocimientos técnicos previos, sin que dicha compensación resultare, no obstante, tan elevada que impidiera, *de facto*, el citado acceso —artículo 3.3 RDCAID¹⁷¹—.

En tercer lugar, «toda explotación en común» solo podrá referirse a resultados que estuvieren protegidos por derechos de Propiedad Intelectual o que constituyeren conocimientos técnicos indispensables para la fabricación de los productos o la utilización de las tecnologías considerados en el contrato —artículo 3.4 RDCAID—. El régimen vigente resulta más amplio y menos restrictivo que el derogado, toda vez que elimina el requisito de su contribución sustancial al progreso técnico o económico¹⁷².

Finalmente, las partes encargadas de la fabricación de los productos considerados en el contrato en virtud de una «especialización en la explotación» estarán obligadas a servir los pedidos de tales productos de las otras partes, excepto cuando el acuerdo de investigación y desarrollo también previene la distribución en común, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.1, n), incisos i) o ii) RDCAID, o cuando las partes hubieren acordado que solo la parte encargada de la fabricación de los productos considerados en el contrato podrá distribuirlos —artículo 3.5 RDCAID—. El precepto en vigor se separa del de la norma derogada, por cuanto que, de una parte, modifica la base del tipo legal —«especialización en la producción»— y de, otra parte, amplía los supuestos

de excepción, que la norma derogada limitaba únicamente al supuesto de que el acuerdo también estableciere la distribución en común¹⁷³.

VI.5. CÓMPUTO DEL UMBRAL DE LA CUOTA DE MERCADO Y DE DURACIÓN DE LA EXENCIÓN

La determinación del «umbral de la cuota de mercado» y de la «duración» de la exención constituyen materias interrelacionadas, toda vez que la segunda se halla en función y trae causa de la primera.

A este respecto, resulta criticable la técnica legislativa, ya que los principios de determinación del «umbral de la cuota de mercado» se regulan con posterioridad a la fijación de la duración, si bien en el mismo precepto de la determinación del «umbral de la cuota de mercado» se establecen, asimismo, períodos de aplicación de la exención; en suma, hubiera sido preferible incorporar los apartados d), e) y f) del artículo 7 RDCAID al precepto que contempla únicamente los períodos de duración de la exención.

VI.5.A. *Determinación del umbral de la cuota de mercado*

En todo caso, los principios y criterios que rigen la determinación del «umbral de la cuota de mercado» son los siguientes. En primer lugar, la cuota de mercado se calculará sobre la base del valor de mercado de las ventas; si no se dispusiere de datos sobre el valor de mercado de las ventas, podrán utilizarse estimaciones basadas en otro tipo de informaciones fidedignas sobre el mercado —incluidos los volúmenes de ventas en el mercado— para determinar la cuota de mercado de las partes —artículos 7.a) RDCAID y 5.a) RDCAE—¹⁷⁴. En segundo lugar, la cuota de mercado se calculará sobre la base de datos relativos al año natural precedente —artículos 7.b) RDCAID y 5.b) RDCAE—¹⁷⁵. En tercer lugar, la cuota de mercado de las empresas contempladas en el artículo 1, apartado 2, párrafo segundo, letra e) —derechos o poderes compartidos—, se repartirá por igual entre las empresas que ostentaren los derechos o facultades enumerados en la letra a) de dicho párrafo [derecho de voto, derecho a designar miembros de Consejo de Vigilancia o de Administración o de órganos de representación y derecho a dirigir las actividades de la empresa] —artículos 7.c) RDCAID y 5.c) RDCAE —¹⁷⁶.

VI.5.B. *Determinación de la duración de la exención*

En el caso de los «acuerdos de investigación y desarrollo», la determinación de la duración de la exención se fija atendiendo a la condición de ser o

no empresas competidoras, en tanto que en los «acuerdos de especialización» la exención se aplicará en tanto en cuanto la cuota combinada de mercado de las partes no excediere del 20% de cualquier mercado de referencia —artículo 3 RDCAE¹⁷⁷—.

Así, en el supuesto de que las partes no fueren empresas competidoras¹⁷⁸, la exención se aplicará mientras se realizare la investigación y el desarrollo. Cuando los resultados se explotaren en común, la exención seguirá aplicándose durante siete años a partir del momento en que los productos o tecnologías considerados en el contrato se comercializaren por primera vez en el Mercado Interior —artículo 4.1 RDCAID—¹⁷⁹.

En cambio, en los casos en los que dos o más partes fueren empresas competidoras, la exención se aplicará durante el período contemplado en el artículo 4.1 RDCAID, solamente si, en el momento de celebrarse el acuerdo de investigación y desarrollo: a) tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo del artículo 1.1. a), incisos i), ii) o iii), la cuota de mercado combinada de las partes en el acuerdo de investigación y desarrollo no excediere del 25% de los mercados de producto y tecnológico de referencia¹⁸⁰; o b) tratándose de los acuerdos de investigación y desarrollo del artículo 1.1. b), incisos iv), v) o vi), la cuota de mercado combinada de la parte financiadora y de todas las partes con las que aquella hubiere suscrito acuerdos de investigación y desarrollo en relación con los mismos productos o tecnologías considerados en el contrato no excediere del 25% de los mercados de producto y tecnológico de referencia —artículo 4.2 RDCAID—.

Sin embargo, no obstante el régimen diferenciado descrito, la normativa también prevé un supuesto «común genérico de prórroga o postposición», que presenta, asimismo, diferentes modalidades de períodos de duración. Así, en principio, una vez finalizado el período contemplado en el artículo 4.1 RDCAID, la exención continuará aplicándose en tanto en cuanto la cuota de mercado combinada de las partes en el mercado de referencia para los productos o tecnologías considerados en el contrato no fuere superior al 25% —artículo 4.3 RDCAID—¹⁸¹.

Ahora bien, con carácter común, tanto para los «acuerdos de investigación y desarrollo», como para los «acuerdos de especialización», concurren determinados supuestos de duración. Así, cuando la cuota de mercado no superare inicialmente el 25% para los «acuerdos de investigación y desarrollo» y el 20% para los «acuerdos de especialización», pero se incrementare *a posteriori* sin exceder del 30% y del 25%, respectivamente, la exención seguirá aplicándose durante un período de dos años naturales consecutivos a partir del año en que se sobrepasare por primera vez el umbral del 25% o del 20% —artículos 7.d) RDCAID y 5.d) RDCAE—¹⁸². Igualmente, cuando la cuota de mercado no superare inicialmente el 25% —«acuerdos de investigación y desarrollo»— y el 20% —«acuerdos de especialización», pero se incrementare *a posteriori* por

encima del 30 % y del 25%, respectivamente, la exención seguirá aplicándose durante un año natural a partir del año en que se sobrepasare por primera vez el umbral del 30 % o del 20% —artículos 7.e) RDCAID y 5.e) RDCAE—¹⁸³. En todo caso, estas dos últimas ventajas no pueden combinarse de tal manera que excedieren de un período máximo de dos años naturales —artículos 7.f) RDCAID y 5.f) RDCAE—¹⁸⁴.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA O SUMARIA

I. MONOGRAFÍAS

- CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola & MOSCO, Gian Domenico: Il Contratto di Rete per la Crescita delle Imprese, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale* Núm. 364, Giuffrè, Milano, 2012.
- RUÍZ PERIS, Juan Ignacio: *Intrusión en la Clientela Ajena y Redes de Distribución* (Encroachment), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

II. ARTÍCULOS Y OBRAS COLECTIVAS

- CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales y Small Business Act. ¿Hacia unos Principios Europeos?», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 21-95.
- «Redes Contractuales y Teoría Contractual: Una Agenda de Investigación para un Derecho Contractual Europeo», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 25-71.
- BASARAN, Halil Rahman: «How Should Article 81 EC Address Agreements that Yield Environmental Benefits?», en *European Competition Law Review*. Núm. 9, London, 2006, págs. 479-484.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen: «Coordinación Empresarial en las Redes versus Control Antitrust: Análisis del Nuevo Reglamento CE 330/2010 en Clave de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 531-546.
- COLLINS, Hugh: «Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts», en *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts*. International Studies in the Theory of Private Law, dirigido por CAMPBELL, David & COLLINS, Hugh & WIGHTMAN, John, Hart Publishing, Oxford, 2003, págs. 1-24.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: «Los Grupos por Coordinación como Instrumento de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 249-299.
- EMANUELSON, Anna: «Standardisation Agreements in the Context of the New Horizontal Guidelines», en *European Competition Law Review*. Núm. 2, London, 2012, págs. 69-76.

- ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «El Abuso de Dependencia Económica en las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 187-221.
- «Intercambios de Información en las Redes Empresariales: Problemática Antitrust», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 507-529.
- GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El Concepto de Red en la Reforma de la Ley de Auditoría», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 319-341.
- GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «La Aplicación del Principio de Relatividad de los Contratos a las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 97-133.
- IAMICELI, Paola: «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Regolazione e Norme Sociali: Nuove Prospettive tra Diritto ed Economia*, dirigido por CAFAGGI, Fabrizio, Bologna, 2004, págs. 125-175.
- «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Crescita ed. Innovazione Organizzativa*, VV.AA., editado por CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola, Bologna, 2007, pág. 125.
- MALTONI, Marco & SPADA, Paolo: «Il «contrato di rete»: Dialogo tra un notaio e un professore su una leggina recente», en *Rivista di Diritto Privato*, Núm. 4, Bari, 2011, págs. 499-516.
- MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Redes Financieras y protección del Cliente», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 161-190.
- MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Transparencia y Redes Empresariales», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 135-163.
- «Redes de Distribución: Régimen Jurídico de las Inversiones», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 191-225.
- MARTÍN ARESTI, Pilar: «Signos Distintivos y Redes de Distribución», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 547-572.
- PERAL CERDÀ, David: «Redes Empresariales y Grandes Eventos Deportivos», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 573-593.
- POWELL, Walter W.: «Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization», en *Research in Organizational Behavior*, Volume 12, 1990, págs. 295-336.
- RUÍZ PERIS, Juan Ignacio:
- «Una Nueva Orientación del Tratamiento Antitrust de la Coordinación Empresarial en las Redes de Distribución», en *Crisis Económica y Política de la Competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2009, págs. 93-104.
- «Del Contrato Bilateral a la Relación de Red», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 9-20.
- «Un Derecho Específico para las Redes Empresariales», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 73-124.

- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La Resolución Unilateral de los Contratos de Distribución en el *Draft Common Frame of Reference*», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 227-245.
- VICIANO PASTOR, Javier: «El Principio de Eficiencia (Defensa de la Competencia) en el Derecho Contractual. Los Límites a la Política Comercial de las Redes de Distribución: ¿Eficiencia o Ineficiencia?», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 479-505.
- WILLIAMSON, Oliver E.: «The Economics of Governance», en *American Economic Review*, Volume 95, Núm. 2, Pittsburgh, Mayo 2005, págs. 1-18.
- ZANELLI, Pietro: «Reti di Impresa: Dall'Economia al Diritto, dall'Istituzione al Contratto», en *Contratto e Impresa*, Núm. 4-5 Luglio-Ottobre, Padova, 2010, págs. 951-970.
- «La Rete è, dunque, della Stessa Natura del Gruppo di Società?», en *Contratto e Impresa*, Núm. 3 Maggio-Giugno, Padova, 2011, págs. 535-545.

JURISPRUDENCIA

I. TRIBUNAL DE JUSTICIA

- STJ de 13 de febrero de 1979. [Asunto 85/76].
- STPI de 10 de julio de 1990. [Asunto T-51/89].
- STPI [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89].
- STPI [Sala Cuarta], de 17 de febrero de 2000. [Asunto T-241/97].
- STPI [Sala Quinta Ampliada], de 25 de octubre de 2007. [Asuntos Acumulados T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 y T-98/03].
- STJ [Sala Segunda], de 24 de septiembre de 2009. [Asuntos Acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P].
- STJ [Gran Sala], de 29 de marzo de 2011 [Asunto C-352/09 P].

II. TRIBUNAL SUPREMO

- STS [Sala de lo Civil-Sección 1ª], de 17 de noviembre de 2011 [R. Ar.: RJ 2012\1498].

NOTAS

¹ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Una Nueva Orientación del Tratamiento Antitrust de la Coordinación Empresarial en las Redes de Distribución», en *Crisis Económica y Política de la Competencia: III Jornadas Nacionales de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2009, págs. 93 y sigs.

Vide, asimismo, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales y *Small Business Act*. ¿Hacia unos Principios Europeos?», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009,

pág. 22. / «Redes Contractuales y Teoría Contractual: Una Agenda de Investigación para un Derecho Contractual Europeo», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 25 y sigs. COLLINS, Hugh: «Introduction: The Research Agenda of Implicit Dimensions of Contracts», en *Implicit Dimensions of Contract. Discrete, Relational and Network Contracts. International Studies in the Theory of Private Law*, dirigido por CAMPBELL, David & COLLINS, Hugh & WIGHTMAN, John, Hart Publishing, Oxford, 2003, págs. 19 y sigs. ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: «Los Grupos por Coordinación como Instrumento de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 249 y sigs. ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «El Abuso de Dependencia Económica en las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, págs. 187 y sigs. / «Intercambios de Información en las Redes Empresariales: Problemática Antitrust», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 507. GONZÁLEZ CASTILLA, Francisco: «La Aplicación del Principio de Relatividad de los Contratos a las Redes de Distribución», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, pág. 99. IAMICELI, Paola: «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Regolazione e Norme Sociali: Nuove Prospettive tra Diritto ed Economia*, dirigido por CAFAGGI, Fabrizio, Bologna, 2004, pág. 128. MARIMÓN DURÁ, Rafael: «Redes Financieras y protección del Cliente», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 162. MARTÍ MIRAVALLS, Jaume: «Transparencia y Redes Empresariales», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, pág. 135. «Redes de Distribución: Régimen Jurídico de las Inversiones», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 192 y MARTÍN ARESTI, Pilar: «Signos Distintivos y Redes de Distribución», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 547. PERAL CERDÀ, David: «Redes Empresariales y Grandes Eventos Deportivos», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, pág. 574. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: *Intrusión en la Clientela Ajena y Redes de Distribución (Encroachment)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 15. «Del Contrato Bilateral a la Relación de Red», en *Hacia un Derecho para las Redes Empresariales*, Valencia, 2009, pág. 9. / «Un Derecho Específico para las Redes Empresariales», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 86 y sigs. ZANELLI, Pietro: «Reti di Impresa: Dall'Economia al Diritto, dall'Istituzione al Contratto», en *Contratto e Impresa, núms. 4-5 Luglio-Ottobre*, Padova, 2010, pág. 951. / «La Rete è, dunque, della Stessa Natura del Gruppo di Società?», en *Contratto e Impresa*, núm. 3, Maggio-Giugno, Padova, 2011, págs. 535-545.

² Vide, a este respecto, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *op. cit.*, pág. 23. IAMICELI, Paola: «Le Reti di Imprese: Modelli Contrattuali di Coordinamento», en *Reti di Imprese tra Crescita ed Innovazione Organizzativa*, VV.AA., editado por CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola, Bologna, 2007, pág. 125. POWELL, Walter W.: «Neither Market nor Hierarchy: Network Forms of Organization», en *Research in Organizational Behavior*, Volume 12, 1990, págs. 300 y sigs. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *Ob. cit.*, págs. 83 y sigs. WILLIAMSON, Oliver E.: «The Economics of Governance», en *American Economic Review*, Volume 95, Núm. 2, Pittsburgh, Mayo 2005, págs. 1-18.

³ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Del Contrato Bilateral...», *Op. cit.*, págs. 15 y sigs.

Con respecto de la exigibilidad de cumplimiento de tales principios, *vide* la Sentencia del Tribunal Supremo [Sala de lo Civil-Sección 1ª], de 17 de noviembre de 2011 [R.Ar.: RJ 2012\1498], en la que se contempla la colisión o conflicto de intereses en el que se hallaban diversos miembros del Consejo de Administración de una sociedad, designados como tales por parte de otra sociedad en virtud de un contrato de distribución comercial y el subsiguiente acuerdo de participación accionarial.

⁴ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 30 y sigs.

⁵ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Una Nueva Orientación...», *ob. cit.*, pág. 94: «Las redes implican la existencia de intereses propios de la red en conflicto en su seno: un interés de la red, que, de una parte, es compartido entre los miembros de la red —interés a la creación de valor para la red— y un interés de sus miembros de carácter conflictual —intereses atribuibles a cada uno de sus miembros respecto al reparto del valor creado—».

Vide, asimismo, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 30 y sigs. / «Redes Contractuales y Teoría Contractual...», *ob. cit.*, págs. 65 y sigs. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Del Contrato Bilateral...», *ob. cit.*, pág. 11.

⁶ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Del Contrato Bilateral...», *ob. cit.*, pág. 12.

⁷ RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Una Nueva Orientación...», *ob. cit.*, pág. 103: «Dado que en nuestro caso las restricciones vinculadas a la organización eficiente de la red son necesarias, en general, durante toda la vida del contrato y en ocasiones tras su extinción, tales restricciones deben considerarse proporcionales, en línea de principio, durante toda la duración de la relación contractual de red, sin perjuicio de la posibilidad de prueba de su ausencia de proporcionalidad por quien la alegue».

⁸ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, pág. 94.

Vide, asimismo, CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen: «Coordinación Empresarial en las Redes versus Control Antitrust: Análisis del Nuevo Reglamento CE 330/2010 en Clave de Red», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 531-546. ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba A.: «Los Grupos por Coordinación...», *ob. cit.*, págs. 278 y sigs. ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «Intercambios de Información...», *ob. cit.*, págs. 507 y sigs. VICIANO PASTOR, Javier: «El Principio de Eficiencia (Defensa de la Competencia) en el Derecho Contractual. Los Límites a la Política Comercial de las Redes de Distribución: ¿Eficiencia o Ineficiencia?», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 479-505.

⁹ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, pág. 24: «Las redes contractuales requieren de un entorno institucional donde puedan surgir relaciones fiduciarias y, también un elevado grado de confianza que pueda permitir el desarrollo de conocimientos innovadores. Estas ofrecen, si están correctamente diseñadas, ventajas comparativas fomentando la producción y la transferencia de conocimientos competitivos. Desde una perspectiva cognitiva las redes contractuales parecen particularmente adecuadas para generar innovación. La densidad de las relaciones permite una mayor intensidad en la producción y en la transferencia de conocimiento entre sus componentes porque la estructura de red proporciona, al mismo tiempo, más incentivos para producir conocimiento innovador y más garantías de oportunismo (por ejemplo, uso privado de los bienes colectivos)».

¹⁰ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales y Teoría Contractual...», *ob. cit.*, págs. 69 y sigs.

Vide SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La Resolución Unilateral de los Contratos de Distribución en el *Draft Common Frame of Reference*», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 227-245.

¹¹ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 26 y 78 y sigs. Este autor, en términos de dirección de política futura, establece que habrá de elaborarse «un proyecto de principios generales europeos sobre redes contractuales, fusionando las dimensiones del Derecho Privado Europeo y del Derecho Internacional Privado», que «deberían proveer de una definición de red contractual»: págs. 93 y sigs.

¹² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Documento COM (2008) 394 Final, de 25 de junio de 2008. —Este documento tan solo contempla el término de «red» en el sentido genérico de redes empresariales: págs. 6 y 15—.

¹³ Dictamen de Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Pensar primero a pequeña escala» — «*Small Business Act*» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas». COM (2008) 394 final (2009/C 182/06), de 14

de enero de 2009 — *Diario Oficial de las Comunidades Europeas —en lo sucesivo, DOCE—*, C-182, de 4 de agosto de 2009, págs. 30 y 33—.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la «*Small Business Act*» para Europa. COM (2011) 78 Final, de 23 de febrero de 2011: pág. 4. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la *Small Business Act* para Europa» COM(2011) 78 final —*Diario Oficial de las Comunidades Europeas —en lo sucesivo, DOCE—*, C-376, de 22 de diciembre de 2011, pág. 55—.

¹⁵ Comunicación de la Comisión... COM(2011) 78 Final..., *ob. cit.*, págs. 6 y 27. A este respecto, se menciona el compromiso que asume la Comisión: «La Comisión desea promover nuevas formas de colaboración entre las empresas, en particular entre empresas situadas en diferentes regiones o países. Se trata de un nuevo modelo de colaboración a través de *clusters* y redes empresariales que permita a las empresas unir sus esfuerzos y favorezca la adopción de un enfoque coherente y coordinado para alcanzar un objetivo común sin perder su independencia. La Comisión elaborará un estudio sobre la mejor manera de apoyar a nivel europeo este tipo de colaboración», presentado una nueva estrategia a favor de *clusters* y redes competitivos: *Ibid.*, pág. 16.

Vide, a este respecto, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Política Industrial Integrada para la Era de la Globalización: Poner la Competitividad y la Sostenibilidad en el Punto de Mira. COM (2010) 614 final /4, de 24 de enero de 2011.

¹⁶ *Vide* RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 91 y sigs.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas [RDLTRLAC]: «Asimismo, a efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades se incorpora el concepto de red, a la que pertenece el auditor o sociedad de auditoría, basado en la unidad de decisión, y en la existencia de relaciones de control y de influencia significativa, de suerte que las personas o entidades que formen parte de esta red que incurran en cualesquiera de los supuestos de incompatibilidad contemplados en esta Ley y en otras disposiciones legales, harán igualmente incompatibles al auditor de cuentas o sociedad de auditoría en relación con la respectiva entidad, con las particularidades establecidas en la Ley. En el ámbito de extensión subjetiva que se regula en este régimen, se incluye también, entre otros, a quienes estén vinculados por determinadas relaciones de parentesco, por cuanto que se considera que en estos casos existen o pueden existir las mismas amenazas a la independencia que pueden darse de igual forma que en el caso del cónyuge del auditor, excluyéndose del alcance de dicha extensión para determinados supuestos.

En este contexto, y dada la especial obligación atribuida al Instituto de Contabilidad y Auditoría de velar por el deber de independencia —soporte fundamental de demostración de la objetividad con que ha de ser verificada la información auditada—, se dota a este Instituto de especiales competencias para recabar información y realizar actividades de investigación o inspección en relación con las personas y entidades que formen parte de la red del auditor» —*Exposición de Motivos II, párrafos 23 y 24—*.

«Artículo 18. *Incompatibilidades derivadas de situaciones que concurren en otras personas o entidades de la red a la que pertenece el auditor o sociedad de auditoría.*

1. Se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones respecto a una entidad auditada, cuando concurren, además de las circunstancias previstas en otras leyes, las contempladas en el artículo 13 en las personas o entidades, excluidas las personas o entidades a que se refiere el artículo anterior, con las que el auditor de cuentas firmante del informe de auditoría o la sociedad de auditoría en cuyo nombre se realice la auditoría formen una misma red.

Se entenderá por red la estructura a la que pertenece un auditor o una sociedad de auditoría que tenga por objeto la cooperación, así como, que tenga claramente por objetivo compartir beneficios o costes, o que comparta propiedad, control o gestión comunes, políticas y pro-

cedimientos de control de calidad comunes, una estrategia empresarial común, el uso de un nombre comercial común, o una parte significativa de sus recursos profesionales.

En todo caso, se entenderá que forman parte de una misma red las entidades vinculadas a las que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio o las entidades que formen parte de una misma unidad de decisión al estar controladas por cualquier medio por una o varias personas físicas o jurídicas que actúen conjuntamente o se hallen bajo dirección única por acuerdos o cláusulas estatutarias, o que estén vinculadas mediante la existencia de influencia significativa en los términos previstos en el artículo 47 del Código de Comercio.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se tendrán en cuenta las siguientes particularidades:

- a) La condición de cargos directivos o el desempeño de puestos de empleo contemplados en el artículo 13.a) ha de afectar o estar relacionada con la elaboración de información significativa contenida en los estados financieros u otros documentos contables de la entidad auditada.
- b) La concurrencia de las circunstancias contempladas en los párrafos b) y c) del artículo 13, se tendrá en cuenta respecto de aquellas personas que, en las entidades vinculadas, posean la condición de socio, administrador, secretario del órgano de administración o apoderado con mandato general y solo se considerará que el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría no goza de la suficiente independencia en el ejercicio de sus funciones cuando, por razón de la estructura y dimensión conjunta de la sociedad de auditoría y de las entidades vinculadas con esta, pueda existir relación con posibles efectos o influencia en el resultado del trabajo de auditoría.
- c) Lo dispuesto en el artículo 15, a efectos de considerar a una entidad como vinculada a la entidad auditada, será de aplicación general. No obstante, en los supuestos en los que se tenga la condición de cargo directivo, o se ocupen cargos de empleo o supervisión interna previstos en el artículo 13.a), y en los supuestos contemplados en los párrafos b), e), f), g) e i) del artículo 13, no se aplicará en el caso de que se trate de una entidad respecto de la cual la entidad auditada ejerza control o influencia significativa y esa entidad no sea, en términos de importancia relativa, significativa para la entidad auditada».

Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio [RDTRLAC]:

«Artículo 51. *Incompatibilidades derivadas de situaciones que concurren en otras personas o entidades que pertenecen a la red del auditor de cuentas o sociedad de auditoría.*

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 18 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se entenderá que una entidad o persona forma parte de la misma red que el auditor de cuentas firmante o la sociedad de auditoría en cuyo nombre se realiza la auditoría, cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Formen parte del mismo grupo por concurrir las relaciones de control a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio, y de acuerdo con las normas y presunciones contenidas en los artículos 2 y 3 de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas mediante el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.
- b) Cuando estén sometidas o formen parte de la misma unidad de decisión, en los términos previstos en el Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, en particular, el párrafo 1.º de la Norma de elaboración de las cuentas anuales 13.ª y el apartado 24.5 del contenido de la memoria, así como las normas que se dicten en su desarrollo.
- c) Cuando estén vinculadas por la existencia de control conjunto o influencia significativa en su gestión, de acuerdo con los artículos 4 y 5 de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas aprobadas mediante el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre.

2. A los efectos de lo dispuesto en los artículos 18.2, letras a) y b) del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se estará respectivamente a lo dispuesto en los artículos 49.1 y 50.3, respectivamente».

«Artículo 60. *Informe anual de transparencia.*

2. El informe anual de transparencia deberá publicarse en los tres meses siguientes a la finalización del año natural, en el caso del de auditores de cuentas, o del ejercicio económico en el de sociedades de auditoría. Conforme a lo dispuesto en el artículo 26 del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, el informe anual de transparencia contendrá, al menos, la siguiente información:

b) Cuando la sociedad de auditoría o el auditor de cuentas estén vinculados a las entidades o personas con las que formen una misma red, se deberá incluir una descripción de dichas entidades y personas, así como de las circunstancias, acuerdos o cláusulas estatutarias que regulen dicha vinculación».

«Artículo 79. *Información a remitir por los auditores de cuentas y sociedades de auditoría.*

1. Los auditores de cuentas inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas en situación de ejercientes remitirán al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, en el mes de octubre de cada año, y en relación con los doce meses anteriores, la siguiente información:

a) Razón social y número de registro de la sociedad o sociedades de auditoría con las que está relacionado. Nombre y apellidos o razón social de las personas o entidades que pertenecen a la misma red contempladas en los artículos 50 y 51 o indicación del lugar donde pueda obtenerse públicamente dicha información.

h) Relación de las entidades auditadas, el plazo de contratación, la fecha de emisión del informe, el auditor de cuentas firmante, el tipo de opinión, las horas y honorarios facturados, distinguiendo:

2. Los que correspondan por servicios prestados a la entidad auditada por las personas y entidades que pertenecen a la red del auditor de cuentas o sociedad de auditoría a que se refieren los artículos 50 y 51.

Vide RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 95 y sigs. GÓMEZ ASENSIO, Carlos: «El Concepto de Red en la Reforma de la Ley de Auditoría», en *Nuevas Perspectivas del Derecho de Redes Empresariales*, dirigido por Juan Ignacio Ruiz Peris, Valencia, 2012, págs. 319-341.

¹⁸ Proyecto de Ley 121/000138, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, Número 138-1, de 21 de junio de 2011*, págs. 1-11:

«En el ámbito operativo se incluyen tanto la contratación bilateral como la creación de redes»: *Exposición de Motivos III, párrafo cuarto.*

«En relación con la subdistribución, la estructura y el diseño de los diferentes niveles de la red se deja a la libre voluntad de las partes, requiriendo que exista coordinación temporal de los contratos»: *Exposición de Motivos III, párrafo 13.*

«Las redes de distribución en las que un organizador dirige o coordina el reparto de las funciones comerciales entre varios distribuidores repartidos territorial o sectorialmente. En particular, las redes de distribución integradas, en las que un proveedor ejerce un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores, caracterizada por una marca o método operativo propio»: *artículo 1.2.d).*

«El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que este los comercialice, bien directamente o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada»: *artículo 2.c).*

«Cuando el diseño de una red de distribución, por atribución contractual o situación de hecho, implique la atribución a un proveedor de un poder de dirección comercial sobre una pluralidad de distribuidores coordinados, dicho poder deberá ejercerse bajo los principios de responsabilidad, desarrollo en interés común e información a los partícipes»: *artículo 4.3.*

«En particular, en el supuesto de ingreso en una red de distribución integrada el proveedor que organice y dirija la misma, y decida entablar negociaciones encaminadas a la posible perfección de un contrato de distribución, suministrará información por escrito si así

lo solicita la otra parte»: «Estructura y extensión de la red de distribución que opera bajo la misma marca al tiempo de celebración del contrato», «Titularidad y condiciones de uso de los signos distintivos que identifiquen el establecimiento, actividad, bienes o servicios de la red de distribución» y «Restricciones a la actividad del distribuidor y exigencias de actuación derivadas de su eventual incorporación a la red de distribución»: *artículo 6.2.c, d) y h).*

«El distribuidor que acceda a una red de distribución integrada deberá informar por escrito si así lo solicita la otra parte sobre los siguientes puntos»: *artículo 6.3.*

«La exigencia de entrega de una cantidad de dinero, de la prestación de una fianza o cualquier otro tipo de garantía, como condición para la incorporación a la red de distribución o para la efectividad de determinadas cláusulas contractuales, deberá ser proporcionada y razonable, atendiendo a la previsión de facturación, al objeto del contrato de distribución y a su duración. En este caso, se deberá precisar tanto las prestaciones garantizadas como contrapartida como las obligaciones recíprocas de las partes en caso de que no llegase a celebrarse el contrato»: *artículo 6.4.*

«El proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato. El distribuidor que pertenezca a una red de distribución integrada comunicará al proveedor las campañas, servicios promocionales y demás actos realizados para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato»: *artículo 10.1.*

«Salvo causa de fuerza mayor o caso fortuito, el proveedor que lidere una red de distribución mantendrá a disposición de los distribuidores integrados en el mismo, en las condiciones convenidas de precio, calidad y entrega, el número de unidades de producto o elementos necesarios según el volumen usual de la demanda»: *artículo 11.2.*

«Cuando exista una red de distribución organizada o dirigida por un proveedor con fijación de una política de promoción de la marca e imagen común, el contrato deberá pronunciarse sobre la necesidad de que el distribuidor que pretenda desarrollar una campaña publicitaria sobre los bienes o servicios que comercializa el sistema obtenga previamente la aprobación de quien o quienes determinen contractualmente dichas políticas de marca e imagen. En ausencia de pacto expreso, será necesaria la autorización previa del proveedor para desarrollar la campaña publicitaria. Esta restricción no ha de impedir a los distribuidores la realización de campañas de promoción que cumplan claramente con la imagen del sistema»: *artículo 16.1.*

«No obstante, el proveedor no podrá negar su consentimiento a la cesión total o parcial del contrato de distribución si la empresa cesionaria pertenece a la red de distribución integrada del proveedor o se compromete por escrito a mantener la organización, medios y recursos que el cedente mantenía afectos a la actividad de distribución»: *artículo 18.2.*

«Las modificaciones del contrato que afecten a las redes de distribución integradas, además deberán ser no discriminatorias entre sus miembros»: *artículo 20.2.*

«La venta multinivel constituye una forma especial de comercio en la que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o servicios a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado. A efectos de lo dispuesto en este artículo, los comerciantes y los agentes distribuidores independientes se considerarán en todo caso empresarios a los efectos previstos en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre»: *artículo 29.1.*

«En ningún caso el fabricante o mayorista titular de la red podrá condicionar el acceso a la misma al abono de una cuota o canon de entrada que no sea equivalente a los productos y material promocional, informativo o formativo entregados a un precio similar al de otros homólogos existentes en el mercado y que no podrán superar la cantidad que se determine reglamentariamente. En los supuestos en que exista un pacto de recompra, los productos se

tendrán que admitir a devolución siempre que su estado no impida claramente su posterior comercialización»: *artículo 29.3*.

«Asimismo, con una antelación mínima de 20 días a la firma de cualquier contrato o precontrato de franquicia o entrega por parte del futuro franquiciado al franquiciador de cualquier pago, el franquiciador deberá haber entregado al futuro franquiciado por escrito la información necesaria para que pueda decidir libremente y con conocimiento de causa su incorporación a la red de franquicia y, en especial, los datos principales de identificación del franquiciador, descripción del sector de actividad del negocio objeto de franquicia, contenido y características de la franquicia y de su explotación, estructura y extensión de la red y elementos esenciales del acuerdo de franquicia. Reglamentariamente se establecerán las demás condiciones básicas para la actividad de cesión de franquicias»: *artículo 30.2*.

Vide RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 97 y sigs.

¹⁹ «Legge 30 luglio 2010, núm. 122 Conversione in legge, con modificazioni, del Decreto-Legge 31 Maggio 2010, núm. 78, recante Misure Urgenti in Materia di Stabilizzazione Finanziaria e di Competitività Economica [Pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* núm. 176 del 30 luglio 2010].

Artículo 42. Reti di imprese.

1. *(soppresso dalla legge di conversione)*

2. Alle imprese appartenenti ad una delle reti di imprese riconosciute ai sensi dei commi successivi competono vantaggi fiscali, amministrativi e finanziari, nonché la possibilità di stipulare convenzioni con l'A.B.I. nei termini definiti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge núm. 400 del 1988 entro quarantacinque giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

2-bis. Il comma 4-ter dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, núm. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, núm. 33, è sostituito dal seguente:

«4-ter. Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve indicare:

- a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva;
- b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate tra gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;
- c) la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante, le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile. Al fondo patrimoniale comune costituito ai sensi della presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile;
- d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto,

- ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;*
- e) *se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto come mandatario comune nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto, l'organo comune agisce in rappresentanza degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza;*
- f) *le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo».*

2-ter. Il comma 4-quater dell'articolo 3 del decreto-legge 10 febbraio 2009, núm. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009 núm. 33, è sostituito dal seguente:

«4-quater. Il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari».

2-quater. Fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2012, una quota degli utili dell'esercizio destinati dalle imprese che sottoscrivono o aderiscono a un contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, commi 4-ter e seguenti, del decreto-legge 10 febbraio 2009, núm. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, núm. 33, e successive modificazioni, al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare per realizzare entro l'esercizio successivo gli investimenti previsti dal programma comune di rete, preventivamente asseverato da organismi espressione dell'associazionismo imprenditoriale muniti dei requisiti previsti con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, ovvero, in via sussidiaria, da organismi pubblici individuati con il medesimo decreto, se accantonati ad apposita riserva, concorrono alla formazione del reddito nell'esercizio in cui la riserva è utilizzata per scopi diversi dalla copertura di perdite di esercizio ovvero in cui viene meno l'adesione al contratto di rete. L'asseverazione è rilasciata previo riscontro della sussistenza nel caso specifico degli elementi propri del contratto di rete e dei relativi requisiti di partecipazione in capo alle imprese che lo hanno sottoscritto. L'Agenzia delle entrate, avvalendosi dei poteri di cui al titolo IV del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, núm. 600, vigila sui contratti di rete e sulla realizzazione degli investimenti che hanno dato accesso all'agevolazione, revocando i benefici indebitamente fruiti. L'importo che non concorre alla formazione del reddito d'impresa non può, comunque, superare il limite di euro 1.000.000. Gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare trovano espressione in bilancio in una corrispondente riserva, di cui viene data informazione in nota integrativa, e sono vincolati alla realizzazione degli investimenti previsti dal programma comune di rete.

2-quinquies. L'agevolazione di cui al comma 2-quater può essere fruita, nel limite complessivo di 20 milioni di euro per l'anno 2011 e di 14 milioni di euro per ciascuno degli anni 2012 e 2013, esclusivamente in sede di versamento del saldo delle imposte sui redditi dovute per il periodo di imposta relativo all'esercizio cui si riferiscono gli utili destinati al fondo patrimoniale comune o al patrimonio destinato all'affare; per il periodo di imposta successivo l'acconto delle imposte dirette è calcolato assumendo come imposta del periodo precedente quella che si sarebbe applicata in assenza delle disposizioni di cui al comma

2-quater. All'onere derivante dal presente comma si provvede quanto a 2 milioni di euro per l'anno 2011 mediante utilizzo di quota delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 32, quanto a 18 milioni di euro per l'anno 2011 e a 14 milioni di euro per l'anno 2013 mediante utilizzo di quota delle maggiori entrate derivanti dall'articolo 38, commi 13-bis e seguenti, e quanto a 14 milioni di euro per l'anno 2012 mediante corrispondente riduzione del Fondo di cui all'articolo 10, comma 5, del decreto-legge 29 novembre 2004, núm. 282, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 dicembre 2004, núm. 307.

2-sexies. Con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono stabiliti criteri e modalità di attuazione dell'agevolazione di cui al comma 2-quater, anche al fine di assicurare il rispetto del limite complessivo previsto dal comma 2-quinquies.

2-septies. L'agevolazione di cui al comma 2-quater è subordinata all'autorizzazione della Commissione europea, con le procedure previste dall'articolo 108, paragrafo 3, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea».

Vide, con carácter específico, CAFAGGI, Fabrizio & IAMICELI, Paola & MOSCO, Gian Domenico: *Il Contratto di Rete per la Crescita delle Imprese*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale Núm. 364, Giuffrè, Milano, 2012. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: «Un Derecho Específico...», *ob. cit.*, págs. 92 y sigs.

²⁰ CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *Ob. cit.*, pág. 95: «Normas específicas deberían ser ideadas para maximizar la transferencia de conocimiento dentro de las redes...» Dos problemas deben tratarse en los principios sobre redes contractuales europeas: 1) La desproporcionalidad entre inversiones individuales y beneficios, garantizando especial protección a aquellos que mayor inversión específica realizan. 2) La transferencia no autorizada a terceros, externos a la red. Deben adoptarse pactos que puedan asegurar una fuerte vigilancia contra el oportunismo, pero a menudo es dentro del sistema de vigilancia donde el control sobre la transferencia de conocimiento puede ocurrir. Contra ello es importante que los sistemas de protección no hagan rígida la red, reduciendo la flexibilidad y los incentivos. Finalmente, debe diseñarse un específico régimen sobre los secretos comerciales y el DIP a fin de maximizar los incentivos para la producción de la innovación dentro de la red, pero, al mismo tiempo, para generar un fuerte sistema de vigilancia contra el oportunismo y las filtraciones de conocimiento».

²¹ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas —en lo sucesivo, DOCE—, C-3, de 6 de enero de 2001:*

«97. Por lo que se refiere a la producción conjunta, también pueden desempeñar una función importante los efectos de red, es decir, los vínculos existentes entre un número considerable de competidores. En un mercado concentrado, la creación de un nuevo vínculo puede introducir un factor desestabilizador y facilitar la colusión, aun cuando las partes posean una cuota conjunta de mercado que, aun siendo significativa, no deje de ser moderada.

108. Ejemplo 2: Situación: Dos proveedores, A y B, crean una empresa en participación en el mismo mercado de referencia del ejemplo 1. La empresa en participación fabrica también el 50% de la producción total de las partes. A y B poseen cada una el 15% de un mercado en el que operan otras tres empresas: C, con una cuota de mercado del 30%, D, con un 25% y E, con un 15%. B ya posee una planta de producción común con E.

Análisis: En este caso, el mercado se caracteriza por la existencia de un número muy reducido de empresas y por estructuras bastante simétricas. La empresa en participación crea un vínculo suplementario entre las empresas. La coordinación entre A y B reforzaría, de hecho, la concentración del mercado y vincularía a E con A y B. Es probable que esta cooperación tenga graves consecuencias restrictivas y, como sucede en el ejemplo 1, no es de esperar que mejore mucho la eficiencia».

El citado tenor es reproducido por los apartados homónimos de las Directrices sobre la Aplicabilidad del artículo 53 del Acuerdo EEE a los Acuerdos de Cooperación Horizontal, del Órgano de Vigilancia de la AELC —*Diario Oficial de las Comunidades Europeas C-266, de 31 de octubre de 2002—*.

²² Comunicación de conformidad con el artículo 5 del Reglamento Núm. 19/65/CEE del Consejo de 2 de marzo de 1965 sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas Categorías de Acuerdos y Prácticas Concertadas, modificado por el Reglamento (CE) Núm. 1/2003 —*Diario Oficial de la Unión Europea [en lo sucesivo, DOUE], C-235, de 1 de Octubre de 2003*—.

²³ *DOUE L-93, de 28 de marzo de 2014.*

²⁴ *DOUE C-89, de 28 de marzo de 2014.*

²⁵ «19.- Con objeto de reforzar el control de las redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología que produzcan efectos restrictivos similares y que abarquen más del 50 % de un mercado determinado, la Comisión podrá, mediante reglamento, declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restableciendo así la plena aplicación del artículo 101 del Tratado a dichos acuerdos».

«Artículo 7.- No aplicación del Reglamento.—

1.- Con arreglo al artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante reglamento que, cuando existan redes paralelas de acuerdos de transferencia de tecnología similares que abarquen más del 50% de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos de transferencia de tecnología que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado».

²⁶ «Artículo 6.- Retirada en casos individuales.

1. Con arreglo al artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 1/2003, la Comisión podrá retirar el beneficio del presente Reglamento si considera que, en un caso concreto, un acuerdo de transferencia de tecnología al que se aplica la exención prevista en el artículo 2 del presente Reglamento produce, no obstante, efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3, del Tratado, y en particular cuando:

- a) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;
- b) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios o porque el único propietario de tecnología que licencie derechos de tecnología relevantes suscriba una licencia exclusiva con un licenciatario que tenga ya actividad en el mercado del producto sobre la base de derechos de tecnología sustituibles».

²⁷ «130. ...El impacto negativo de las obligaciones de retrocesión también puede verse acrecentado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia. Cuando las tecnologías disponibles están controladas por un número limitado de licenciantes que imponen obligaciones de retrocesión exclusiva a los licenciatarios, hay un mayor riesgo de que estas obligaciones tengan efectos anticompetitivos que cuando hay varias tecnologías y solamente algunas de ellas son objeto de licencias que contienen cláusulas de retrocesión exclusiva».

²⁸ «147. Con arreglo al artículo 6 del RECAT, la retirada está justificada cuando:

- 1) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciatarios el uso de tecnologías de terceros;
- 2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciatarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciatarios, o porque el único propietario de la tecnología que licencia los derechos de la tecnología pertinentes celebre un acuerdo de licencia exclusivo con un licenciatario que ya esté activo en el mercado de producto, sobre la base de derechos de tecnología sustitutiva. Para ser considerados relevantes, los derechos de tecnología deben ser tanto técnica como comercialmente sustituibles para que el licenciatario pueda estar activo en el mercado de producto de referencia».

²⁹ «148. ...Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciante como a nivel de licenciario. La exclusión de otros licenciantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciantes».

³⁰ «149. El artículo 7 del RECATT faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de acuerdos similares que cubran más del 50% de un mercado de referencia. Esta medida no va dirigida a una u otra empresa concreta sino a todas las empresas cuyos acuerdos sean objeto del reglamento por el que se declare la inaplicabilidad del RECATT».

³¹ «151. A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50%, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado».

³² «153. ...Así, por ejemplo, aunque se tendrán en cuenta todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia a efectos de la determinación del índice de cobertura del mercado del 50%, la Comisión puede restringir el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicación a tan solo las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración...».

³³ «153. ... En general, cuando la cuota de mercado de los productos que incorporan una tecnología licenciada de un licenciante individual no excede del 5%, se considera que el acuerdo o la red de acuerdos que cubren la tecnología no contribuyen de forma significativa a un efecto acumulativo de exclusión del mercado».

³⁴ «157. ...Así, por ejemplo, si a causa de los efectos de red en el mercado los consumidores prefieren claramente los productos que incorporan la tecnología licenciada, las demás tecnologías que ya estén presentes en el mercado o que puedan introducirse en él en un plazo de tiempo razonable pueden no constituir una verdadera alternativa y, por consiguiente, pueden ejercer una presión competitiva limitada».

³⁵ «180. ... Una vez que los principales operadores del mercado adoptan cierto formato, los efectos de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos...».

³⁶ «229. ...Los efectos de exclusión pueden ser el resultado de acuerdos concluidos por un único licenciante que tenga un grado significativo de poder de mercado o de la acumulación de acuerdos concluidos por varios licenciantes, incluso si cada uno de los acuerdos o red de acuerdos está cubierto por el RECATT».

³⁷ *DOUE, L-259, de 4 de octubre de 2007.*

³⁸ «110. ... El impacto negativo de las obligaciones de retrocesión también puede verse acrecentado cuando se dan en redes paralelas de acuerdos de licencia...».

³⁹ «120. Con arreglo al artículo 6 del Recatt, la retirada está justificada cuando:

- 1) se restrinja el acceso al mercado de las tecnologías de terceros, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciarios el uso de tecnologías de terceros;
- 2) se restrinja el acceso al mercado de posibles licenciarios, por ejemplo mediante el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos restrictivos similares que prohíban a los licenciantes conceder licencias a otros licenciarios...».

⁴⁰ «121. ...Concretamente, la exención por categorías no tiene en cuenta el efecto acumulativo de las restricciones similares de redes de acuerdos de licencia. Los acuerdos de licencia pueden tener un efecto de exclusión de terceros tanto a nivel de licenciante como a nivel de licenciario. La exclusión de otros licenciantes puede deberse al efecto acumulativo de redes de acuerdos de licencia que prohíban a los licenciarios explotar tecnologías competidoras, lo que puede desembocar en la exclusión de otros (posibles) licenciantes...».

«125. A efectos del cálculo del índice de cobertura del mercado del 50%, se han de tener en cuenta las distintas redes de acuerdos de licencia que incluyen restricciones, o combinaciones de restricciones, que produzcan efectos similares en el mercado».

⁴¹ «123. ...Considerando que la Comisión puede no aplicar el RECATT mediante un Reglamento dirigido a los Estados miembros de la CE, el artículo 7, apartado 2, del RECATT permite al Órgano de Vigilancia de la AELC declarar, mediante una recomendación, que, cuando las redes paralelas de acuerdos similares cubren más del 50% de un mercado de referencia de los Estados de la AELC, no se aplicará el RECATT...».

«127. ... Así, por ejemplo, aunque se tendrán en cuenta todas las redes paralelas de acuerdos de inhibición de la competencia a efectos de la determinación del índice de cobertura del mercado del 50%, el Órgano de Vigilancia puede restringir el ámbito de aplicación de la recomendación a tan solo las obligaciones de inhibición de la competencia que excedan de cierta duración...».

⁴² «131. ... Así, por ejemplo, si a causa de los efectos de red en el mercado los consumidores prefieren claramente los productos que incorporan la tecnología licenciada, las demás tecnologías que ya estén presentes en el mercado o que puedan introducirse en él en un plazo de tiempo razonable pueden no constituir una verdadera alternativa y, por consiguiente, pueden ejercer una presión competitiva limitada...».

«152. ...Una vez que los principales operadores del mercado adoptan cierto formato, los efectos de red pueden hacer muy difícil la supervivencia de formatos alternativos...».

⁴³ *DOUE, C-130, de 19 de mayo de 2010.*

⁴⁴ «75. Es posible que no se reúnan las condiciones para acogerse a una exención en aplicación de lo dispuesto en el artículo 101, apartado 3, en particular si el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado quedan restringidos de modo significativo por el efecto acumulativo de redes paralelas de acuerdos verticales similares puestos en práctica por proveedores o compradores competidores. Debe considerarse que las redes paralelas de acuerdos verticales son similares si incluyen restricciones que producen efectos similares en el mercado. Esta situación se puede producir, por ejemplo, si en un mercado concreto, determinados proveedores practican una mera distribución selectiva cualitativa mientras que otros proveedores llevan a cabo una distribución selectiva cuantitativa. Tal situación también puede darse cuando, en un mercado concreto, el uso acumulativo de criterios cualitativos excluye a los distribuidores más eficientes. En tales circunstancias, la evaluación debe tener en cuenta las consecuencias contrarias a la competencia atribuibles a cada red concreta de acuerdos. Cuando proceda, la retirada puede afectar solamente a un criterio cualitativo concreto o solamente a las limitaciones cuantitativas impuestas al número de distribuidores autorizados.

79.- El artículo 6 del Reglamento de Exención por Categorías faculta a la Comisión para excluir de su ámbito de aplicación, mediante reglamento, las redes paralelas de restricciones verticales similares en caso de que abarquen más del 50% de un mercado de referencia. Esta medida no se dirige a empresas individuales sino que concierne a todas aquellas empresas cuyos acuerdos se definen en el Reglamento por el que se declara la inaplicabilidad del Reglamento de Exención por Categorías».

⁴⁵ «83. ... Así por ejemplo, mientras que todas las redes paralelas de aquellos acuerdos del tipo de marca única deberán ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el índice de cobertura del mercado del 50%, cabe la posibilidad, sin embargo, de que la Comisión restrinja el ámbito de aplicación del reglamento de inaplicabilidad solo a las obligaciones de no competencia que excedan de una determinada duración...».

⁴⁶ *DOCE, L-102, de 23 de abril de 2010.*

⁴⁷ «15. Para determinar si el beneficio de la aplicación del presente Reglamento debe ser retirado o no en virtud del artículo 29 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, revisten una especial importancia los efectos contrarios a la competencia que puedan derivar de la existencia de redes paralelas de acuerdos verticales que produzcan efectos similares que restrinjan de forma significativa el acceso al mercado de referencia o la competencia en dicho mercado. Tales efectos cumulativos pueden, por ejemplo, surgir en el caso de acuerdos de distribución selectiva o de obligaciones de no competir».

«16. Con objeto de reforzar la supervisión de redes paralelas de acuerdos verticales que tengan efectos contrarios a la competencia similares y que abarquen más del 50% de un

mercado determinado, la Comisión podrá, mediante reglamento, declarar el presente Reglamento inaplicable a los acuerdos verticales que contengan determinadas restricciones relativas al mercado de que se trate, restaurando así la plena aplicación del artículo 101 del Tratado respecto de dichos acuerdos».

⁴⁸ «Artículo 6, No aplicación del Reglamento.- Con arreglo al artículo 1 bis del Reglamento núm. 19/65/CEE, la Comisión podrá declarar mediante un Reglamento que, cuando existan redes paralelas de restricciones verticales similares que abarquen más del 50% de un mercado de referencia, el presente Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales que contengan restricciones específicas relativas a dicho mercado».

⁴⁹ *Vide*, a este respecto, CAFAGGI, Fabrizio: «Redes Contractuales...», *ob. cit.*, págs. 37 y sigs., quien, como criterio *de lege ferenda*, se pronuncia a favor de los modelos de contratos multilaterales y vinculados: pág. 94. Igualmente, en «Redes Contractuales y Teoría Contractual...», *ob. cit.*, págs. 30 y sigs. y 45 y sigs.

⁵⁰ *DOUE C-11, de 14 de enero de 2011.*

«Apartado 7. ... las presentes Directrices ayudarán a las empresas a evaluar la compatibilidad de todo acuerdo de cooperación con el artículo 101. Estos criterios, sin embargo, no constituyen una «lista de control» que pueda aplicarse mecánicamente...».

«La evaluación con arreglo al artículo 101 consta de dos fases. La primera, de conformidad con el apartado 1 de dicho artículo, evalúa si un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre Estados Miembros tiene un objeto contrario a la competencia o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. La segunda fase, de conformidad con el artículo 101, apartado 3, que solo llega a ser pertinente cuando se concluye que un acuerdo es restrictivo de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, consiste en determinar los beneficios para la competencia de ese acuerdo y en evaluar si esos efectos favorables a la competencia compensan los efectos restrictivos de la competencia. Los efectos contrarios a la competencia y los favorables se sopesan exclusivamente en el marco del artículo 101, apartado 3. En caso de que los efectos favorables no compensen una restricción de la competencia, el artículo 101, apartado 2, establece que el acuerdo será nulo de pleno derecho» —*apartado 20 DACH*—.

Vide EMANUELSON, Anna: «Standardisation Agreements in the Context of the New Horizontal Guidelines», en *European Competition Law Review. Núm. 2*, London, 2012, págs. 69-76.

⁵¹ *DOUE C-101, de 27 de abril de 2004.*

⁵² «Por ejemplo, entre dos empresas activas en los mismos mercados de productos pero en mercados geográficos diferentes sin ser competidores potenciales».

⁵³ «Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios... pudiendo ser también «un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación».

Vide BASARAN, Halil Rahman: «How Should Article 81 EC Address Agreements that Yield Environmental Benefits?», en *European Competition Law Review. Núm. 9*, London, 2006, págs. 479-484.

⁵⁴ Ello no obstante, «las empresas continúan sujetas al artículo 101 cuando el derecho nacional se limite a fomentar o facilitar su conducta autónoma y anticompetitiva. Dicho de otro modo, el hecho de que las autoridades públicas fomenten un acuerdo de cooperación horizontal no significa que esté permitido en virtud del artículo 101. Únicamente deja de aplicarse el artículo 101 si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que excluye toda posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas. En tal situación, la restricción de la competencia no es atribuible, como requiere tácitamente el artículo 101, a la conducta autónoma de las empresas y estas están amparadas frente a las consecuencias de una infracción de dicho artículo» —*apartado 22 DACH*—.

⁵⁵ «El análisis de los acuerdos de cooperación horizontal tiene ciertos elementos comunes con el análisis de las concentraciones horizontales en cuanto a los efectos restrictivos poten-

ciales, en especial por lo que se refiere a las empresas en participación. A menudo existe una separación muy tenue entre las empresas en participación con plenas funciones, que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones, y las que no tienen plenas funciones, que se evalúan de conformidad con el artículo 101. Por consiguiente, los efectos de ambas pueden ser muy similares» —*apartado 21 DACH*—.

⁵⁶ «Es probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en el mercado de referencia cuando puede esperarse con un razonable grado de probabilidad que, debido al acuerdo, las partes estén en condiciones de incrementar rentablemente el precio o reducir la producción, la innovación, la calidad del producto o su variedad. Esto dependerá de varios factores tales como la naturaleza y contenido del acuerdo, hasta qué punto las partes, individual o conjuntamente, tienen o consiguen cierto grado de poder de mercado y el acuerdo contribuye a la creación, mantenimiento o fortalecimiento de dicho poder o permite a las partes hacer uso del mismo» —*apartado 28 DACH*—.

⁵⁷ «El acuerdo puede tener estos efectos cuando reduce de forma apreciable la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de ellas y terceros. Esto significa que el acuerdo debe reducir la independencia de la toma de decisiones de las partes, ya sea debido a las obligaciones contenidas en el acuerdo que rigen la conducta de mercado de por lo menos una de las partes, ya sea influyendo en la conducta de mercado de por lo menos una de las partes produciendo un cambio en sus incentivos» —*apartado 27 DACH*—.

⁵⁸ «Por lo tanto para probar los efectos restrictivos de la competencia reales o potenciales, es necesario tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia de terceros, en especial la competencia real o potencial que habría existido si no hubiera acuerdo. Esta comparación no tiene en cuenta las eventuales mejoras de eficiencia generadas por el acuerdo, pues estas solo se evaluarán de conformidad con el artículo 101, apartado 3» —*apartado 29 DACH*—.

⁵⁹ «Por ejemplo, de las empresas en participación duraderas con todas las funciones de una entidad económica autónoma —“empresas en participación con plenas funciones”—... «No obstante, al evaluar si existe una empresa en participación con plenas funciones, la Comisión examina si la empresa en participación es autónoma desde el punto de vista operativo. Esto no significa que tenga autonomía con relación a sus empresas matrices por lo que respecta a la adopción de sus decisiones estratégicas»... «Por otra parte, también cabe recordar que si la creación de una empresa en participación a tenor del artículo 3 del Reglamento de Concentraciones tiene por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúan siendo independientes, dicha coordinación se valorará con arreglo al artículo 101 del TFUE (véase artículo 2, apartado 4 del Reglamento de concentraciones)».

⁶⁰ *DOCE C-101, de 27 de abril de 2004.*

⁶¹ *AGRICULTURA*: Reglamento (CE) Núm. 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre Aplicación de Determinadas Normas sobre la Competencia a la Producción y al Comercio de Productos Agrícolas —*DOUE L-214, de 4 de agosto de 2006*—.

TRANSPORTE. Reglamento (CE) Núm. 169/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por el que se Aplican las Normas de la Competencia a los Sectores de los Transportes por Ferrocarril, por Carretera y por Vía Navegable —*DOUE L-61, de 5 de marzo de 2009*—; Reglamento (CE) Núm. 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la Aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos, Decisiones y Prácticas Concertadas entre Compañías de Transporte Marítimo de Línea (Consortios) —*DOUE L-79, de 25 de marzo de 2009*—; Reglamento (CE) Núm. 823/2000 de la Comisión, de 19 de abril de 2000, sobre la Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos, Decisiones y Prácticas Concertadas entre Compañías de Transporte Marítimo de Línea Regular (Consortios) [Texto pertinente a efectos del EEE] —*DOUE L-100, de 20 de abril de 2000*— y las Directrices sobre la Aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los Servicios de Transporte Marítimo —*DOUE C-245, de 26 de septiembre de 2008*—.

SEGUROS: Reglamento (UE) Núm. 267/2010 de la Comisión, de 24 de marzo de 2010, relativo a la Aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea a Determinadas Categorías de Acuerdos, Decisiones y Prácticas Concertadas en el Sector de los Seguros —DOUE L-83, de 31 de marzo de 2010—.

⁶² «Estos acuerdos pueden producir la pérdida de competencia entre las partes del acuerdo. Los competidores también pueden beneficiarse de la reducción de la presión competitiva resultante del acuerdo y, por lo tanto, puede resultarles rentable aumentar sus precios. La reducción de esa presión competitiva puede dar lugar a incrementos de precios en el mercado de referencia. Factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia» —*apartado 34 DACH*—.

⁶³ «Los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia de varias maneras. El acuerdo puede:

— ser exclusivo en el sentido de que limita la posibilidad de las partes de competir entre sí o con terceros como operadores económicos independientes o como partes de otros acuerdos competidores;

— obligar a las partes a aportar unos activos tales que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente; o

— afectar a los intereses financieros de las partes de tal manera que su capacidad decisoria independiente se reduzca sensiblemente. Tanto los intereses financieros en el acuerdo como los intereses financieros en otras partes del acuerdo son pertinentes para la evaluación» —*apartado 33 DACH*—.

⁶⁴ *Apartado 35 DACH*.— «Un acuerdo de cooperación horizontal puede también: llevar a la divulgación de información estratégica, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación;

lograr unos costes comunes considerables (es decir, la proporción de costes variables comunes a la partes), de tal modo que las partes puedan coordinar más fácilmente los precios de mercado y la producción».

Apartado 36 DACH.— «El alcanzar costes comunes considerables mediante un acuerdo de cooperación horizontal solo puede permitir a las partes coordinar con mayor facilidad los precios de mercado y la producción si las partes tienen poder de mercado, si existen unas características de mercado que conduzcan a semejante coordinación, si el ámbito de cooperación representa una parte elevada de los costes variables de las partes en un determinado mercado y si las partes combinan en gran medida sus actividades en el ámbito de la cooperación. Así puede ocurrir, por ejemplo, si fabrican o compran conjuntamente un bien intermedio importante o si fabrican o distribuyen conjuntamente una parte considerable de su producción total de un producto final».

⁶⁵ La determinación del concepto «corto periodo de tiempo» depende de las circunstancias de hecho del asunto, de su contexto jurídico y económico y, en especial, de si la empresa en cuestión es o no parte del acuerdo. En el primer caso, es decir, cuando se analice si una parte de un acuerdo debe ser considerada un competidor potencial de la otra parte, la Comisión considerará por lo general un «corto periodo de tiempo» un periodo más largo que en el segundo caso, es decir, cuando se analice la capacidad de un tercero para ejercer una presión competitiva sobre las partes de un acuerdo. Para considerar que un tercero es un competidor potencial, la entrada en el mercado debería realizarse con suficiente rapidez de tal modo que la amenaza de la entrada potencial ejerza una presión sobre el comportamiento de las partes y de otros participantes en el mercado. Por estas razones, tanto el Reglamento de exención de los acuerdos de I+D como el de los acuerdos de especialización, consideran que un periodo de no más de tres años es un «corto periodo de tiempo» —*apartado 10, cita a pie de página núm. 3 DACH*—.

⁶⁶ La evaluación conducente a determinar la probabilidad de que una empresa realice las actuaciones necesarias para entrar en el mercado de referencia de otra empresa se ha de basar en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado.

En este sentido, la Comunicación de la Comisión relativa a la Definición de Mercado de Referencia a efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia [en lo sucesivo, CCDMR] —*Diario Oficial de las Comunidades Europeas C-372, de 9 de diciembre de 1997*— establece, respecto de la *competencia potencial*, que esta «no se tiene en consideración para la definición de los mercados, puesto que las condiciones en las que la competencia potencial representará realmente una presión depende del análisis de factores y circunstancias específicas relacionados con las condiciones de acceso. En caso necesario, este análisis no se lleva a cabo hasta una fase posterior, una vez que se haya determinado la posición de las empresas que participan en el mercado de referencia y dicha posición plantee problemas desde el punto de vista de la competencia» —*apartado 24*—.

⁶⁷ «Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir, las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia» —*apartado 11 DACH*—.

⁶⁸ *Vide*, en este sentido, *apartado 18* Directrices Generales: «Para evaluar si un acuerdo o parte del mismo pueden restringir la competencia intermarca y/o intramarca debe estudiarse cómo y hasta qué punto el acuerdo afecta o es probable que afecte a la competencia en el mercado. Las dos preguntas siguientes ofrecen un marco útil para efectuar dicha evaluación. La primera pregunta se refiere a la incidencia del acuerdo sobre la competencia intermarca y la segunda a su incidencia sobre la competencia intramarca. Dado que las restricciones pueden afectar a ambos tipos de competencia a la vez, puede ser necesario analizar una restricción a la luz de ambas preguntas antes de poder concluirse si se restringe o no el juego de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 81:

¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido sin el mismo? Si la respuesta es afirmativa, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Para esta evaluación es preciso tener en cuenta la competencia entre las partes y la competencia por parte de terceros. Por ejemplo, cuando dos empresas establecidas en diferentes Estados Miembros se comprometen a no vender productos en sus respectivos mercados, la competencia (potencial) que existía antes del acuerdo se ve restringida. Del mismo modo, cuando un proveedor impone a sus distribuidores obligaciones de no vender productos competidores y esa obligación impide el acceso de terceros al mercado, la competencia real o potencial que habría existido en ausencia del acuerdo se ve restringida. Para evaluar si las partes de un acuerdo son competidores reales o potenciales el contexto económico y legal debe tenerse en cuenta. Por ejemplo, cuando, debido a los riesgos financieros y las capacidades técnicas de las partes es, según factores objetivos, poco probable que cada una de las partes pueda realizar por sí sola las actividades que contempla el acuerdo, se considera que las partes son no competidoras por lo que respecta a esa actividad. Corresponde a las partes presentar pruebas a tal efecto.

¿Restringe el acuerdo la competencia real o potencial que hubiera existido en ausencia de la restricción o restricciones contractuales? En caso afirmativo, es aplicable al acuerdo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 81. Por ejemplo, cuando un proveedor impide a sus distribuidores competir entre sí, se restringe la competencia (potencial) que podría haber existido entre los distribuidores en ausencia de las restricciones. Entre este tipo de restricciones figura la imposición de precios de reventa y las restricciones a las ventas por territorios o clientes entre distribuidores. Sin embargo, en determinados casos puede no ser aplicable el apartado en el caso de que estas sean objetivamente necesarias para la existencia de un acuerdo de ese tipo o naturaleza. Esta exclusión de la aplicación del apartado 1 del artículo 81 únicamente puede efectuarse en función de factores objetivos y externos a los propios interesados, y no según sus puntos de vista y características subjetivas. La cuestión no es si las partes, en su particular situación, no habrían aceptado celebrar un acuerdo menos restrictivo, sino si, dada la naturaleza del acuerdo y las características del mercado, unas empresas que estuviesen

en situación similar no habrían concluido un acuerdo menos restrictivo. Por ejemplo, las restricciones territoriales entre un proveedor y un distribuidor pueden quedar, durante un determinado periodo, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 81 cuando sean objetivamente necesarias para que el distribuidor penetre en un nuevo mercado. Del mismo modo, la imposición a todos los distribuidores de la prohibición de vender a determinadas categorías de usuarios finales puede no ser restrictiva de la competencia si es objetivamente necesaria por motivos de seguridad o sanidad o debido a naturaleza peligrosa del producto en cuestión. No bastan los argumentos según los cuales, si el proveedor no hubiera recurrido a una restricción, hubiera optado por la integración vertical. Las decisiones de recurrir o no a una integración vertical dependen de diversos y complejos factores económicos, algunos de los cuales son de índole interna a la empresa interesada».

⁶⁹ «Para considerar que la entrada ejerce una presión competitiva suficiente sobre las partes de un acuerdo, hay que demostrar que es probable, oportuna y suficiente para disuadir o impedir cualquier efecto restrictivo potencial del acuerdo de cooperación horizontal. La existencia de acuerdos puede afectar al análisis de la entrada. La terminación probable o posible de un acuerdo de cooperación horizontal puede influir en la probabilidad de la entrada» —*apartado 47 DACH*—.

⁷⁰ «Se entiende por poder de mercado la capacidad de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo unos precios superiores a los niveles que permitiría el juego de la competencia o de mantener rentablemente durante un periodo de tiempo la producción, en términos de cantidad, calidad y variedad de los productos o innovación, en un nivel inferior al que permitiría el juego de la competencia».

⁷¹ «Por ejemplo, por suponer la exclusión de competidores aumentando sus costes y limitando su capacidad de competir eficazmente con las partes del acuerdo».

⁷² *Apartado 7. CCDMR.*— «Los reglamentos basados en los artículos 85 y 86 del Tratado, especialmente la sección 6 del formulario A/B relativo al Reglamento Núm. 17 y la sección 6 del formulario CO relativo al Reglamento (CEE) Núm. 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, ofrecen las definiciones siguientes. El mercado de producto se define como sigue: «El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos».

Apartado 8. CCDMR.— «El mercado geográfico de referencia se define como sigue: «El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas»—.

Apartado 9. CCDMR.— «Así pues, el mercado de referencia en el marco del cual se examina una cuestión de competencia se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico. La Comisión interpreta las definiciones de los puntos 7 y 8 (que reflejan la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, así como su propia práctica decisoria) siguiendo las orientaciones definidas en la presente Comunicación».

Vide, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de Febrero de 1979 [Asunto 85/76], especialmente en sus *apartados 49, 51 y 65*.

⁷³ *Apartado 44 DACH.*— «Si las partes tienen una pequeña cuota de mercado conjunta, es improbable que el acuerdo de cooperación horizontal dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, y, por lo general, no será necesario ningún otro análisis. El significado de la expresión “pequeña cuota de mercado conjunta” depende del tipo de acuerdo y se puede deducir a partir de los umbrales de las salvaguardias regulatorias establecidos en diferentes capítulos de las presentes Directrices y, de forma más general, a partir de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible a tenor del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), («la Comunicación *de minimis*»)). Si solo

hay dos partes y una no tiene más que una cuota de mercado insignificante y no posee recursos importantes, normalmente ni siquiera una alta cuota de mercado conjunta podrá considerarse como indicio de un probable efecto restrictivo de la competencia en el mercado... Si hay más de dos partes, entonces la cuota colectiva de todos los competidores cooperadores tiene que ser significativamente superior a la cuota individual del mayor competidor participante».

Ello no obstante, en función de la posición de las partes en un mercado y del índice de concentración de este, será necesario tener en cuenta también otros factores como la estabilidad de las cuotas de mercado en el tiempo, las barreras de entrada, la probabilidad de que se produzcan otras entradas en el mercado y el poder de negociación de los compradores/proveedores —*apartado 45 DACH*—.

⁷⁴ *Apartado 54. CCDMR*.— «Si bien para calcular la cuota de mercado normalmente se parte de las ventas, existen también otros indicadores, según el producto o el sector, que pueden aportar información útil, tales como la capacidad, el número de licitadores, las unidades de flota en la industria aeroespacial, o las reservas existentes cuando se trata de sectores como la minería».

Apartado 55. CCDMR.— «Por experiencia se sabe que tanto el volumen como el valor de las ventas proporcionan información útil. En el caso de productos diferenciados, suele considerarse que el valor de las ventas y la cuota de mercado correspondiente refleja mejor la posición y fuerza relativa de cada proveedor»

⁷⁵ Por ejemplo, si el mercado es de carácter muy dinámico y si la estructura del mercado es inestable debido a la innovación o al crecimiento.

⁷⁶ A este respecto, las Directrices sobre los Acuerdos de Colaboración Horizontal presentan una presunción negativa —y, por consiguiente, contraria a la competencia— sobre los acuerdos que no impliquen la combinación de conocimientos técnicos o activos complementarios, ya que «tienen menos probabilidades de generar mejoras de eficiencia que benefician a los consumidores. Estos acuerdos pueden reducir la duplicación de ciertos costes, por ejemplo porque se pueden eliminar ciertos costes fijos. Sin embargo, por lo general es menos probable que este ahorro de costes fijos dé lugar a beneficios para los consumidores que el ahorro de, por ejemplo, costes variables o marginales» —*apartado 52 DACH*—.

⁷⁷ *DOUE L-335, de 18 de diciembre de 2010; CC.EE. DOUE L-152, de 11 de junio de 2011.*

⁷⁸ «Por ejemplo, el centro de gravedad de un acuerdo de cooperación horizontal que abarque tanto la I+D conjunta como la producción conjunta de los resultados será por lo general la I+D conjunta, ya que solo habrá producción conjunta si la I+D conjunta tiene éxito. Esto implica que los resultados de la I+D conjunta son decisivos para la posterior producción conjunta. La evaluación del centro de gravedad cambiará si las partes se hubieran dedicado a la producción conjunta en cualquier caso, es decir, con independencia de la I+D conjunta, o si el acuerdo prevé una integración total en el área de la producción y una integración solo parcial de algunas actividades de I+D. En este caso, el centro de gravedad será la producción conjunta» —*apartado 14 DACH*—.

⁷⁹ «Este es el caso de las actividades de investigación y desarrollo orientadas a mejoras o ligeras modificaciones como, por ejemplo, nuevos modelos de un producto. En esta situación, los efectos potenciales afectan al mercado de los productos existentes» —*apartado 112 DACH*—.

⁸⁰ «No obstante, muchos casos se hallan entre estos dos extremos: se trata de situaciones en las cuales las actividades de innovación pueden desembocar en la puesta a punto de productos (o tecnologías) que sustituirán, a largo plazo, a productos (o tecnologías) existentes (por ejemplo, los discos compactos, que sustituyeron a los discos de vinilo). El análisis profundo de estas situaciones podría exigir un estudio de ambas cosas, es decir los mercados existentes y el impacto de los acuerdos sobre la innovación» —*apartado 112 DACH*—.

⁸¹ Por ejemplo, debido al intercambio de información confidencial desde el punto de vista de la competencia relativa al mercado de productos existentes.

⁸² Por ejemplo, si unos fabricantes de automóviles cooperan para la investigación y desarrollo de un nuevo tipo de motor, el mercado del automóvil puede resultar afectado por esta cooperación.

⁸³ «Se entiende por polos competidores de I+D las actividades de I+D orientadas a un nuevo producto o una nueva tecnología, así como los sustitutos de esta I+D, es decir la I+D dirigida a desarrollar productos o tecnologías sustitutivos de los que son objeto de la cooperación en cuestión y que sigan un calendario similar» —apartado 120 DACH—. Este sería, por ejemplo, el caso de la industria farmacéutica.

⁸⁴ La medición de la verosimilitud de los polos competidores debe realizarse atendiendo a los siguientes aspectos: la naturaleza, el alcance y la importancia de otras posibles actividades de I+D, su acceso a los recursos financieros y humanos, a los conocimientos técnicos y a las patentes, otros activos específicos, su calendario y su capacidad de explotar los posibles resultados.

⁸⁵ *Apartado 19 RDCAID.*— «De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento, cuando, en un caso específico considere que un acuerdo de investigación y desarrollo al que se aplica la exención del artículo 2 surge, a pesar de todo, determinados efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado».

Apartado 20 RDCAID.— «En virtud del artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, la autoridad de competencia de un Estado Miembro podrá retirar la cobertura del presente Reglamento en su territorio o en una parte de él, cuando, en un caso determinado, considere que un acuerdo al que se aplica la exención establecida en el presente Reglamento produce efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado en su territorio o en una parte de él que presenta todas las características de un mercado geográfico distinto».

Apartado 21 RDCAID.— «Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, el beneficio del presente Reglamento podrá retirarse, por ejemplo, cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente la posibilidad de que terceros lleven a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo de que se trate a causa de las limitadas capacidades de investigación alternativas disponibles; cuando, debido a la estructura especial de la oferta, la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente el acceso de terceros al mercado de los productos o tecnologías considerados en el contrato; cuando, sin razones objetivamente justificadas, las partes no exploten los resultados de la investigación y desarrollo en común frente a terceros; cuando los productos o tecnologías considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado interior o en una parte significativa del mismo, de una competencia efectiva de productos, tecnologías o procesos considerados como similares por los usuarios a causa de sus propiedades, precio o finalidad, o cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo elimine la competencia efectiva en la investigación y el desarrollo en un mercado particular».

⁸⁶ A este respecto, se ha de tener en cuenta la Comunicación de la Comisión Directrices relativas a la Aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los Acuerdos de Transferencia de Tecnología —en lo sucesivo, DATT—: «Una vez definidos los mercados de referencia, pueden asignarse cuotas de mercado a las diversas fuentes de competencia del mercado, cuotas que servirán de indicador de la fortaleza relativa de los operadores del mercado. En el caso de los mercados tecnológicos, se puede optar por calcular las cuotas de mercado tomando como referencia la parte que le corresponde a cada tecnología del volumen total de ingresos generados por los cánones pagados por las tecnologías competidoras licenciadas, lo que representa la cuota de mercado de cada tecnología en el mercado integrado por esas tecnologías. Pero con frecuencia esta opción es más teórica que real dada la falta de información clara sobre los cánones. Otro método alternativo, que se usa para el cálculo de la salvaguardia regulatoria, tal como se explica en el artículo 8, letra d), del RECAT, consiste en calcular las cuotas de mercado en el mercado tecnológico atendiendo a las ventas de productos que incorporan la tecnología licenciada en los mercados de productos descendentes [para más detalles, véase el punto (85) y sigs.]. En casos individuales que no

pueden acogerse a la salvaguardia regulatoria del RECATT puede ser necesario, si resulta factible, aplicar ambos planteamientos para evaluar con mayor precisión la posición de mercado del licenciante, además de tener en cuenta otros factores que dan una buena indicación de la posición de mercado relativa de las tecnologías disponibles [para más factores, véanse los puntos (156) y (158) y sigs.]» —*apartado 25*—.

«...En el caso de los mercados tecnológicos, del artículo 8, letra d), de dicho Reglamento se desprende que, tanto para el producto como para la dimensión geográfica del mercado de referencia, la cuota de mercado del licenciante se calculará sobre la base de las ventas del licenciante y de todos los licenciarios de productos que incorporen la tecnología licenciada. Con este planteamiento, el total de las ventas del licenciante y de los licenciarios de productos contractuales se calcula como parte de todas las ventas de productos competidores, con independencia de que el producto incorpore una tecnología que es licenciada» —*apartado 86*—.

⁸⁷ «Primero, puede reducir o retrasar la innovación, haciendo que llegue al mercado un número de productos menor o de peor calidad que los que llegarían en caso contrario. En segundo lugar, en los mercados de productos o de tecnología la cooperación en I+D puede reducir perceptiblemente la competencia entre las partes ajenas al acuerdo o puede hacer que la coordinación anticompetitiva en estos mercados sea probable, dando así lugar a precios mayores. Solo puede surgir un problema de exclusión del mercado en el marco de una cooperación en la que participe al menos un operador con un poder de mercado significativo (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante) en una tecnología clave y que dé lugar a una explotación exclusiva de los resultados» —*apartado 127 DACH*—.

«En algunos casos puede haber efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción, la innovación, la calidad del producto o de la variedad de mercados existentes y en forma de impacto negativo en la innovación mediante la ralentización del desarrollo. Por ejemplo, si competidores importantes en un mercado de tecnologías existente cooperan con el fin de poner a punto una nueva tecnología susceptible de sustituir, a largo plazo, productos existentes, esta cooperación producirá probablemente efectos restrictivos si las partes tienen un poder de mercado significativo en el mercado existente (lo que les incitará a explotarlo) y si también tienen una posición de fuerza en las actividades de investigación y desarrollo. Es posible que se registren efectos similares si la principal empresa de un mercado existente coopera con un competidor mucho más pequeño, o incluso con un competidor potencial que está a punto de hacer su aparición en el mercado con un nuevo producto o una nueva tecnología que puede amenazar la posición de la empresa existente» —*apartado 139 DACH*—.

⁸⁸ A este respecto, cabe señalar que no hay ningún umbral absoluto por encima del cual quepa suponer que un acuerdo de investigación y desarrollo crea o mantiene poder de mercado y por lo tanto, resulte probable que dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101.1 TFUE —*apartado 134 DACH*—.

⁸⁹ En este mismo sentido, el *apartado 6 RDCAID* expresamente manifiesta que «los acuerdos suscritos con el fin de emprender una investigación en común o de desarrollar en común los resultados de una investigación hasta la fase de aplicación industrial exclusiva no entran en general en el campo de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado. No obstante, en determinadas circunstancias, como cuando las partes acuerdan no llevar a cabo otras actividades de investigación y desarrollo en el mismo ámbito, renunciando así a la posibilidad de obtener ventajas competitivas frente a las demás partes, esos acuerdos pueden entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado, por lo que procede incluirlos en el ámbito del presente Reglamento».

⁹⁰ «Una cooperación en I+D entre no competidores puede, sin embargo, producir efectos de exclusión de conformidad con el artículo 101, apartado 1, si se refiere a una explotación exclusiva de los resultados y si se concluye entre empresas, de las cuales una tiene un grado significativo de poder de mercado (que no necesariamente tiene que equivaler a una posición dominante), respecto de una tecnología clave» —*apartado 130, cita pie de página 1, DACH*—.

⁹¹ «Por ejemplo, las partes no podrían considerarse competidoras potenciales por el mero hecho de que la cooperación les permita realizar las actividades de I+D. La cuestión determinante consiste en saber si cada parte dispone independientemente de los medios necesarios en términos de activos físicos, conocimientos técnicos u otros recursos» —*apartado 130 DACH*—.

⁹² «Esto se aplica muy especialmente a las actividades de I+D destinadas a mejorar ligeramente los productos o tecnologías existentes. Si, en dicho caso, la cooperación en I+D contempla una explotación conjunta limitada a la concesión de licencias a terceros, no es probable que se produzcan efectos restrictivos tales como la exclusión del mercado. En cambio, si la cooperación se extiende a la producción o comercialización conjunta de los productos o tecnologías a los que se incorporarán estas ligeras mejoras, deberá ser objeto de un examen más pormenorizado. Es más probable que se produzcan efectos restrictivos de la competencia en forma de incremento de precios o de reducción de la producción en los mercados existentes si en esta situación intervienen competidores potentes» —*apartado 137 DACH*—.

⁹³ «Dichos efectos son normalmente resultado directo del acuerdo entre las partes. Incluso un acuerdo puro de I+D puede restringir la innovación. Sin embargo, por lo general es improbable que la cooperación en I+D referente a productos enteramente nuevos dé lugar a efectos restrictivos de la competencia a menos que solo exista un número limitado de polos alternativos de I+D verosímiles. Este principio sigue siendo válido en gran medida cuando la cooperación abarca la explotación conjunta de los resultados o incluso su comercialización conjunta. En estos casos el problema de la explotación conjunta solo puede producir efectos restrictivos de la competencia cuando entra en juego la exclusión del acceso a tecnologías fundamentales. No obstante, estos problemas no se plantearán si las partes conceden licencias que permitan a los terceros competir de manera efectiva» —*apartado 138 DACH*—.

⁹⁴ Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «...todas las mejoras de eficiencia alegadas deberán justificarse, de modo que puedan verificarse los puntos siguientes: a) la naturaleza de las eficiencias; b) el vínculo entre el acuerdo y las eficiencias; c) la probabilidad e importancia de cada eficiencia alegada y d) cómo y cuándo se obtendrá cada supuesta eficiencia... La letra a) permite determinar si las eficiencias alegadas son de carácter objetivo... La letra b) permite comprobar que exista un vínculo causal suficiente entre el acuerdo restrictivo y las supuestas eficiencias. Para que se cumpla esta condición, en general las eficiencias deben ser resultado de la actividad económica que constituye el objeto del acuerdo. Dicha actividad puede consistir, por ejemplo, en la distribución, la concesión de licencias de tecnología, la producción o la investigación y desarrollo conjuntos. No obstante, cuando un acuerdo permita aún mayores mejoras de eficiencia en el mercado de referencia, por ejemplo, por dar lugar a una reducción de los costes en todo el sector, se tendrán en cuenta tales beneficios adicionales» —*apartados 51 a 53*—.

⁹⁵ Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «El proceso de investigación y desarrollo, producción y distribución puede considerarse como una cadena de valor que puede dividirse en una serie de etapas. En cada etapa de esta cadena, la empresa debe optar entre realizar la actividad por sí sola, realizarla conjuntamente con otra u otras empresas o encomendarla íntegramente a otra u otras empresas» —*apartado 61*—.

⁹⁶ Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «Los avances técnicos y tecnológicos constituyen un elemento esencial y dinámico de la economía, que aporta importantes beneficios en forma de bienes y servicios nuevos o mejorados. Mediante la cooperación, las empresas pueden crear eficiencias que en ausencia del acuerdo restrictivo hubieran resultado imposibles o solo posibles con considerable retraso o a costes más elevados. Tales eficiencias constituyen una importante fuente de los beneficios económicos contemplados en la primera condición del apartado 3 del artículo 81. Entre los acuerdos que pueden generar eficiencias de esta naturaleza figuran, en particular, los acuerdos de investigación y desarrollo. Un ejemplo sería que A y B crearan una empresa en participación para el desarrollo y, en caso de éxito, la producción conjunta de neumáticos celulares. Si se pincha una célula, las demás no se ven afectadas, lo que elimina el riesgo de que el neumático se

desinfe en caso de pinchazo. Este neumático es, por tanto, más seguro que los tradicionales. Además, no hay necesidad inmediata de cambiar el neumático y, por tanto, de llevar uno de repuesto. Ambos tipos de eficiencias constituyen beneficios objetivos a efectos de la primera condición del apartado 3 del artículo 81» —*apartado 70*—.

⁹⁷ *Vide infra*, págs. 2955 y sigs.

⁹⁸ Por ejemplo, la introducción en el mercado de productos nuevos o mejorados debe compensar cualesquiera incrementos de precios u otros efectos restrictivos de la competencia —*apartado 143 DACH*—. *Vide*, asimismo, *apartado 10 RDCAID*.

⁹⁹ «Las partes de un acuerdo pueden, por ejemplo, tener distintas capacidades de investigación. Si, por otra parte, las cualificaciones y los activos de las partes son muy similares, el efecto más importante del acuerdo de I+D puede ser la eliminación parcial o total de la I+D de una o varias partes. Esto eliminará costes (fijos) para las partes del acuerdo pero será improbable que dé lugar a beneficios que repercutan en el consumidor» —*apartado 143 DACH*—.

¹⁰⁰ «Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de I+D en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga abandonar los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que finalice su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 101, por ejemplo porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de I+D, el acuerdo de las partes de abandonar sus propios proyectos seguirá siendo compatible con el artículo 101, aun cuando posteriormente fracasen los proyectos de terceros. No obstante, la prohibición del artículo 101 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la I+D conjunta, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 101 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si este, debido a la posterior evolución del mercado, produce efectos restrictivos de la competencia y (ya) no cumple las condiciones del artículo 101, apartado 3, habida cuenta de las inversiones irre recuperables efectuadas con anterioridad» —*apartado 146 DACH*—.

En semejantes términos se pronuncian las Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado: «En algunos casos el acuerdo restrictivo constituye un acontecimiento irreversible. Una vez aplicado el acuerdo restrictivo, no puede restablecerse la situación anterior. En este tipo de asuntos, la evaluación debe efectuarse exclusivamente en función de los hechos del momento de aplicación del acuerdo. Por ejemplo, en el caso de un acuerdo de investigación y desarrollo en virtud del cual cada una de las partes acuerda abandonar su propio proyecto de investigación y poner en común sus capacidades con las de la otra parte, desde un punto de vista objetivo puede resultar técnica y económicamente imposible volver a poner en marcha un proyecto una vez que se ha abandonado. La evaluación de los efectos favorables y perjudiciales para la competencia del acuerdo por el que se convenga al abandono de los proyectos de investigación individuales debe llevarse a cabo en la fecha en que se complete su aplicación. Si en ese momento el acuerdo es compatible con el artículo 81, por ejemplo, porque hay un número suficiente de terceros que cuentan con proyectos competidores de investigación y desarrollo, el acuerdo de las partes con vistas al abandono de sus proyectos propios seguiría siendo compatible con el artículo 81, aun cuando posteriormente no se llevaran a cabo los proyectos de los terceros. No obstante, la prohibición del artículo 81 puede aplicarse a otras facetas del acuerdo en relación con las cuales no se plantea la cuestión de la irreversibilidad. Si, por ejemplo, además de la investigación y el desarrollo conjuntos, el acuerdo contempla la explotación conjunta, el artículo 81 puede aplicarse a esa parte del acuerdo si, debido a la posterior evolución del mercado, el acuerdo pasa a restringir la competencia y (ya) no cumple las condiciones del apartado 3 del artículo 81, habida cuenta de las inversiones irre recuperables efectuadas con anterioridad» —*apartado 45*—.

¹⁰¹ *DOUE L-335, de 18 de diciembre de 2010; CC.EE. DOUE L-151, de 10 de junio de 2011.*

¹⁰² *Vide*, como supuesto de tal modalidad, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89] y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Cuarta], de 17 de febrero de 2000. [Asunto T-241/97].

Con respecto de la normativa y existencia de los acuerdos de especialización en el ámbito del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951 —TCECA—, *vide* Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Quinta Ampliada], de 25 de octubre de 2007. [Asuntos Acumulados T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 y T-98/03] y Sentencia del Tribunal de Justicia [Gran Sala], de 29 de marzo de 2011 [Asunto C-352/09 P].

¹⁰³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995 [Asunto T-141/89]: En este supuesto, el acuerdo de especialización adoptó la forma de un «*gentlemen's agreement*» —*apartados 88 y 96*—.

¹⁰⁴ *Artículo 2.5, primer inciso, RCCE*.— «En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular:

— si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a este».

¹⁰⁵ «Por ejemplo, el mercado en sentido descendente que se basa en insumos procedentes del mercado en el que está vigente el acuerdo de producción... Por ejemplo, al lograr un poder de mercado suficiente, las partes que se dedican a la producción conjunta en un nivel superior del mercado pueden subir el precio de un componente clave para un mercado descendente. De este modo, pueden utilizar la producción conjunta para aumentar los costes de sus rivales en sentido descendente y, en último término, expulsarlos del mercado. Esto a su vez aumentará el poder del mercado de las partes en sentido descendente, lo que podrá permitirles mantener unos precios superiores al nivel competitivo o perjudicar a los clientes de algún otro modo» —*apartado 159 DACH*—.

¹⁰⁶ «Las partes de una empresa en participación de producción pueden, por ejemplo, limitar la producción de dicha empresa en comparación con lo que las partes habrían lanzado al mercado si cada una de ellas hubiera decidido su producción individualmente. Si el acuerdo de producción determina las principales características, esto puede eliminar también las dimensiones clave de la competencia entre las partes y, en último término, dar lugar a efectos restrictivos de la competencia. Otro ejemplo sería el de una empresa en participación que aplique a las partes un precio de transferencia elevado, aumentando así los costes de entrada para las partes, lo que puede dar lugar a unos precios más altos en sentido descendente. Puede que resulte rentable para los competidores aumentar sus precios como respuesta, lo que contribuirá a incrementar los precios en el mercado de referencia» —*apartado 174 DACH*—.

¹⁰⁷ Por lo tanto, no es probable que los acuerdos de especialización entre empresas que compiten en los mercados en los que se registra la colaboración tengan efectos restrictivos de la competencia si la citada colaboración da lugar a un nuevo mercado; es decir, si el acuerdo permite a las partes lanzar un nuevo bien o servicio que, de lo contrario, basándose en factores objetivos, no podrían haber lanzado, debido, por ejemplo, a sus capacidades técnicas —*apartado 163 DACH*—.

En todo caso, «factores tales como el hecho de que las partes del acuerdo tengan cuotas de mercado elevadas, que sean competidores cercanos, que los clientes tengan posibilidades limitadas de cambiar de proveedor, que sea improbable que los competidores aumenten la oferta si suben los precios, y que una de las partes del acuerdo sea una fuerza competitiva importante, son todos ellos pertinentes para la evaluación del acuerdo desde el punto de vista de la competencia» —*apartado 173 DACH*—.

¹⁰⁸ «Por ejemplo, con un proveedor del mismo producto en un mercado adyacente, ya sea geográfico o de producto, el acuerdo puede aumentar potencialmente el poder de mercado de la primera. Esto puede llevar a efectos restrictivos de la competencia si la competencia

real en el mercado de la primera empresa ya es escasa y la amenaza de una entrada es una fuente importante de presión competitiva» —*apartado 166 DACH*—.

¹⁰⁹ «Este no es el caso, por ejemplo, cuando la cooperación se refiere a productos cuya comercialización es costosa. Un ejemplo serían los productos nuevos o heterogéneos cuya comercialización es costosa o con altos costes de transporte» —*apartado 178 DACH*—.

¹¹⁰ «Las partes podrían utilizar el acuerdo de producción para aumentar el precio de este insumo común importante para sus productos en el mercado descendente. Esto debilitaría la competencia descendente y probablemente llevaría a unos precios finales más altos. El beneficio se trasladaría de la fase descendente a la ascendente para compartirlo a continuación en cooperación mediante la empresa en participación» —*apartado 179 DACH*—.

¹¹¹ «Los acuerdos de especialización en la producción suelen contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos cuando las partes tienen conocimientos, activos o actividades que se complementan, ya que pueden concentrarse en la fabricación de determinados productos y trabajar así de forma más eficiente, ofreciendo los productos a precios más ventajosos. Otro tanto puede decirse en general de los acuerdos de especialización en la preparación de servicios» —*Apartado 6 RDCAE*—. *Vide también apartado 10 RDCAE*.

¹¹² En este sentido, ejemplos de un carácter «no indispensable» serían la producción fuera de la colaboración impuesta en un acuerdo de producción o la fijación conjunta de precios si el acuerdo de producción tampoco implicare la comercialización conjunta —*apartado 184 DACH*—.

¹¹³ «Cabe esperar, en el supuesto de que exista una competencia efectiva, que los usuarios se beneficien equitativamente de las ventajas resultantes» —*Apartado 6 RDCAE*—. *Vide, asimismo, apartado 10 RDCAE*.

¹¹⁴ «...cuanto mayor sea el poder de mercado de las partes, menos probable es que las mejoras de eficiencia beneficien a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia» —*apartado 185 DACH*—.

A este respecto, el *apartado 98* de las Directrices Relativas a la Aplicación del Apartado 3 del Artículo 81 del Tratado señala que «...un acuerdo de especialización puede permitir a las dos empresas especializarse en la producción de uno de los dos productos y deshacerse de la segunda línea de producción destinada al otro. Al mismo tiempo, la especialización puede permitir a las empresas reducir los costes variables correspondientes a los factores de producción y el almacenamiento. Tan solo estos últimos ahorros tendrán efectos directos en las decisiones de las empresas sobre precios y producción, pues influirán en los costes marginales de producción. La eliminación por cada empresa de una de las líneas de producción no reducirá sus costes variables ni tendrá efectos en sus costes de producción. Así, las empresas pueden tener incentivos directos para transmitir el beneficio a los consumidores en forma de eficiencias de mayor producción y precios más bajos que reduzcan los costes marginales, mientras que no tendrán incentivo alguno de este tipo en relación con las eficiencias de reducción de los costes fijos. Por ello, es más probable que los consumidores reciban una participación equitativa de las eficiencias de costes en caso de reducción de los costes variables que en caso de reducción de los costes fijos».

¹¹⁵ El presente Reglamento entró en vigor el día 1 de Enero de 2011 y expirará el día 31 de diciembre de 2022 —*artículo 9 RDCAID*—, ya que se considera que los acuerdos de investigación y desarrollo suelen ser de larga duración, especialmente cuando la cooperación se extiende a la explotación de resultados —*apartado 22 RDCAID*—.

¹¹⁶ El presente Reglamento entró en vigor el día 1 de enero de 2011 y será aplicable hasta el día 31 de Diciembre de 2022 —*artículo 7 RDCAE*—, a fin de facilitar la celebración de acuerdos de especialización que puedan tener consecuencias de orden estructural para las empresas afectadas —*apartado 16 RDCAE*—.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de julio de 1990. [Asunto T-51/89]: «Por todo ello, este Tribunal estima que, en el sistema de protección de la competencia instaurado por el Tratado, la concesión de una exención, en virtud del apartado 3 del artículo 85, bien sea individual o por categoría, no puede en ningún caso equivaler a la exención de

la prohibición contenida en el artículo 86. Este principio se desprende tanto del tenor literal del apartado 3 del artículo 85, que únicamente permite exceptuar, mediante una declaración de inaplicabilidad, la prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que hace referencia el apartado 1 del mismo artículo, como de la sistemática respectiva de los artículos 85 y 86, que son, conviene recordarlo, disposiciones autónomas y complementarias que, en principio, están destinadas a regular situaciones distintas, sujetas a regímenes diferentes. En efecto, mientras que la aplicación del artículo 85 se efectúa en dos etapas, a saber, la comprobación de que existe una infracción al apartado 1 del artículo 85 y luego, en su caso, la exención de la prohibición decretada si el acuerdo, decisión o práctica concertada reúne, no obstante, los requisitos del apartado 3, el artículo 86, debido a la naturaleza misma de su objeto, una explotación abusiva, excluye cualquier posibilidad de que la prohibición sea exceptuada. La exigencia de que, en todos los casos, la Comisión adopte una Decisión de revocación de la exención supondría admitir en realidad, habida cuenta de que esta revocación no tiene carácter retroactivo, que la exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 equivale a la exención de la prohibición de explotar abusivamente una posición dominante. Por las razones que acaban de exponerse esto no es compatible con la naturaleza misma de la infracción sancionada por el artículo 86. Además, a la vista de los principios que regulan la jerarquía de las normas, la concesión de una exención por medio de un acto del Derecho derivado no puede establecer excepciones a una disposición del Tratado, en este caso al artículo 86, salvo que otra disposición del Tratado le autorice a hacerlo:—*apartado 25*—.

¹¹⁸ *Artículo 179.2 TFUE*.— «A tal fin, la Unión estimulará en todo su territorio a las empresas, incluidas las pequeñas y medianas, a los centros de investigación y a las universidades en sus esfuerzos de investigación y de desarrollo tecnológico de alta calidad; apoyará sus esfuerzos de cooperación con el fin, especialmente, de permitir que los investigadores cooperen libremente por encima de las fronteras y que las empresas aprovechen las posibilidades del mercado interior, en particular por medio de la apertura de la contratación pública nacional, la definición de normas comunes y la supresión de los obstáculos jurídicos y fiscales que se opongan a dicha cooperación».

¹¹⁹ Este Reglamento sustituye al Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos de Investigación y Desarrollo, que expiró el 31 de diciembre de 2010 —*DOUE L-304, de 5 de diciembre de 2000*—.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89]: De acuerdo con esta Sentencia, los acuerdos de especialización, son, asimismo, susceptibles de exenciones individuales —*apartados 94 y 98*—.

¹²¹ *Vide supra*, pág. 2947.

¹²² Este Reglamento sustituye al Reglamento (CE) Núm. 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la Aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a Determinadas Categorías de Acuerdos de Especialización, que expiró el 31 de diciembre de 2010 —*DOUE L-304, de 5 de diciembre de 2000*—.

¹²³ El *apartado 4* RDCAID establece que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado cabe presumir, a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado, que los efectos positivos de los acuerdos de investigación y desarrollo *compensarán* en general cualesquiera efectos negativos sobre la competencia», en tanto que el *apartado 5* del Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 señalaba que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado puede presumirse, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81, que los efectos positivos de los acuerdos de investigación y desarrollo *generalmente excederán* los eventuales efectos negativos sobre la competencia». Así pues, resulta significativa la ponderación mesurada empleada por la normativa en vigor.

¹²⁴ El *apartado 3* RDCAE establece que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado cabe presumir, a efectos de la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado, que los efectos positivos de los acuerdos de especialización *compensarán* en general cualesquiera efectos negativos sobre la competencia», en tanto que el *apartado 3* del Reglamento (CE) Núm.

2658/2000 señalaba que «Por debajo de un determinado nivel de poder de mercado, a efectos de la aplicación del apartado 3 del artículo 81, puede presumirse, en general, que los efectos positivos de los acuerdos de especialización *excederán* los eventuales efectos negativos sobre la competencia». Al igual que en el régimen de los acuerdos de investigación y desarrollo, es idénticamente significativa la ponderación medida empleada por la normativa en vigor.

¹²⁵ *Artículo 2.1, párrafo segundo*, RDCAID y *artículo 2.1, párrafo segundo*, RDCAE —«Esta exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan restricciones de la competencia que entren en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del Tratado».

¹²⁶ «Acuerdo», un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada» —*artículo 1.1.b*) RDCAID, coincidente, excepción hecha de su extensión a las *tecnologías*, con el *artículo 2.1* Reglamento (CE) Núm.2659/2000—. Dicho concepto resulta idéntico también al del *artículo 1.1.e*) RDCAE —*artículo 2.1* Reglamento (CE) Núm.2658/2000—.

¹²⁷ *Artículo 1.2* RDCAID [*artículo 1.2* RDCAE]— «A los efectos del presente Reglamento, los términos «empresa» y «parte» incluirán sus respectivas empresas vinculadas.

Por «empresas vinculadas» se entenderá:

a) las empresas en las que una de las partes en el acuerdo, disponga directa o indirectamente: i) de la facultad de ejercer más de la mitad de los derechos de voto; ii) de la facultad de designar más de la mitad de los miembros del Consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o iii) del derecho a dirigir las actividades de la empresa;

b) las empresas que, directa o indirectamente, tengan sobre una de las partes en el acuerdo los derechos o facultades enumerados en la letra a);

c) las empresas en las que una empresa contemplada en la letra b) posea, directa o indirectamente, los derechos o facultades enumerados en la letra a);

d) las empresas en las que una parte en el acuerdo de investigación y desarrollo junto con una o varias de las empresas contempladas en las letras a), b) o c), o en las que dos o varias de estas últimas empresas, posean conjuntamente los derechos o facultades enumerados en la letra a);

e) las empresas en las que los derechos o poderes enumerados en la letra a) sean compartidos por: i) varias partes en el acuerdo de investigación y desarrollo o sus respectivas empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d), o ii) una o varias de las partes en el acuerdo de investigación y desarrollo o una o varias de sus empresas vinculadas contempladas en las letras a) a d) y uno o varios terceros».

Este precepto resulta prácticamente coincidente con los *artículos 2, apartados 2 y 3*, Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) Núm. 2658/2000—. A tal respecto, cabría citar que resultaría más correcto el uso de los términos «gestionar» o «administrar» —en lugar del de «dirigir» del apartado a) iii)— y de los términos «titularidad conjunta» —en lugar del de «compartidos» del apartado e)—, ya que tales términos contemplan supuestos de hechos más amplios y resultan más omnicomprendivos de las realidades que constituyen la base fáctica de la tipología jurídica que se desea regular.

Vide, a este respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia [Sala Segunda], de 24 de septiembre de 2009. [Asuntos Acumulados C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P] —*apartados 79 y 80*—.

¹²⁸ «Investigación y desarrollo», la adquisición de conocimientos técnicos sobre productos, tecnologías o procedimientos, la realización de análisis teóricos, de estudios o de experimentos sistemáticos, incluidas la producción experimental y las pruebas técnicas de productos o de procedimientos, la realización de las instalaciones necesarias y la obtención de los derechos de propiedad intelectual correspondientes» —*artículo 1.1.c*) RDCAID—, coincidente, excepción hecha de su extensión a las *tecnologías*, con el *artículo 22.4* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000—.

Vide, a este respecto, el *artículo 42* del Código de Comercio —CdC—; el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de

Auditoría de Cuentas [RDTRLAC] —en particular, los *artículos 15 a 18*, ambos inclusive—; la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores [LMV] —*artículo 69*—; el Real Decreto 1362/2007, de 19 de Octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un Mercado Secundario Oficial o en otro Mercado Regulado de la Unión Europea —*artículos 23 a 28*, ambos inclusive—; el 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 —*artículo 82*—; el Real Decreto 1820/2009, de 27 de noviembre, por el que se modifican el Real Decreto 361/2007, de 16 de marzo, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de la participación en el capital de las sociedades que gestionan Mercados Secundarios de Valores y Sociedades que administren sistemas de registro, compensación y liquidación de valores y el 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 —*artículo único. Dos*—; la Orden EHA/3241/2010, de 13 de diciembre, por la que se aprueba la lista de información a remitir en supuestos de adquisición o incremento de participaciones significativas y por quienes pretendan desempeñar cargos de administración y dirección en Entidades Aseguradoras, Reaseguradoras y en Sociedades cuya actividad principal consista en tener participaciones en dichas entidades; la Circular 5/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de Crédito, sobre información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 57.1 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y la Circular 5/2010, de 18 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre información que debe remitir el adquirente potencial en la notificación a la que se refiere el artículo 69.4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el artículo 45.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, para la evaluación cautelar de las adquisiciones de participaciones significativas y de los incrementos de participaciones en Empresas de Servicios de Inversión y en Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva.

En este orden de cosas, se ha de tener presente la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que considera que «el artículo 85 del Tratado no se aplica cuando los acuerdos y prácticas concertadas los lleven a cabo empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en calidad de sociedad matriz y de filial, y dichas empresas constituyan una unidad económica en cuyo interior la filial no disfrute de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado. En el presente caso, procede destacar que el control que Arbed ejercía sobre BStG equivalía al porcentaje que ostentaba en el capital social, es decir, el 25,001%, que dista mucho de la mayoría. Por tanto, es forzoso afirmar que tal participación no permite concluir que Arbed y BStG pertenecieran a un grupo dentro del cual constituirían una unidad económica, lo que significaría que un acuerdo restrictivo de la competencia entre estas dos empresas no estaría comprendido dentro del apartado 1 del artículo 85 del Tratado»: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89] —*apartado 129*—.

«Conocimientos técnicos», un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados, que es secreta, esencial y determinada» —*artículo 1.1.i) RDCAID y artículo 2.10 Reglamento (CE) Núm.2659/2000*, si bien esta última norma emplea el término «substancial» en lugar de «esencial». Asimismo, esta última norma engloba en el citado artículo 2.10 la descripción de las características citadas, en tanto que la norma en vigor las desglosa en diferentes apartados: «secreta», los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles» —*artículo 1.1.j) RDCAID*—; «esencial», los conocimientos técnicos incluyen información importante y útil para la fabricación del producto

o la aplicación de las tecnologías consideradas en el contrato» —*artículo 1.1.k* RDCAID [el Reglamento (CE) Núm.2659/2000, en lugar de emplear los términos «*importante y útil*», hace uso del término «*indispensable*», lo cual conlleva que la normativa en vigor minore la magnitud cualitativa de la información, aumentando su base o ámbito fáctico o de supuestos de hecho]; «*determinada*», los conocimientos técnicos se describen de manera suficientemente exhaustiva para que se pueda verificar si se ajustan a los criterios de secreto y esencialidad» —*artículo 1.1.l*) RDCAID—.

«Derechos de propiedad intelectual», los derechos de propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos afines» —*artículo 1.1.h*) RDCAID y *artículo 2.9* Reglamento (CE) núm. 2659/2000, si bien la normativa en vigor emplea el término, más correcto y propio, «*afines*», en lugar del término «*relacionados*» de la normativa derogada—.

¹²⁹ «En común», en el contexto de actividades desarrolladas en el marco de un acuerdo de investigación y desarrollo cuando las tareas correspondientes sean: i) realizadas por un equipo, una entidad o una empresa común; ii) confiadas en común a un tercero, o iii) repartidas entre las partes en función de una especialización en el contexto de la investigación, el desarrollo o la explotación» —*artículo 1.1.m*) RDCAID y *artículo 2.11* Reglamento (CE) núm. 2659/2000—.

«Especialización en el contexto de la investigación y el desarrollo», ambas partes participan en las actividades de investigación y desarrollo cubiertas por el acuerdo de investigación y desarrollo y dividen la labor de investigación y desarrollo de la manera que estimen más adecuada; no se incluye la investigación y el desarrollo remunerados» —*artículo 1.1.n*) RDCAID—.

«Especialización en el contexto de la explotación», las partes se asignan tareas individuales como, por ejemplo, la producción o la distribución, o se imponen restricciones en relación con la explotación de los resultados en relación con determinados territorios, clientes o ámbitos de utilización. Se incluye la hipótesis de que una sola parte produzca y distribuya los productos considerados en el contrato en virtud de la concesión de una licencia exclusiva por las otras partes» —*artículo 1.1.o*) RDCAID—.

¹³⁰ «Un bien o un servicio, incluidos tanto los productos o servicios intermedios como los finales»: *artículo 1.1.d*) RDCAID y *artículo 2.5* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

«Un bien o un servicio, incluidos tanto los productos o servicios intermedios como los finales, a excepción de los servicios de distribución y arrendamiento»: *artículo 1.1.d*) RDCAID y *artículo 2.5* Reglamento (CE) Núm.2659/2000.

¹³¹ «Tecnología considerada en el contrato», una tecnología o procedimiento derivado de las actividades de investigación y desarrollo en común» —*artículo 1.1.f*) RDCAE y *artículo 2.4* Reglamento (CE) Núm. 2658/2000—.

¹³² «Explotación de los resultados», la fabricación o distribución de los productos considerados en el contrato o la utilización de las tecnologías consideradas en el contrato, la cesión de derechos de propiedad intelectual o la concesión de licencias correspondientes a tales derechos y la comunicación de conocimientos técnicos, con el fin de permitir esa fabricación o esa utilización» —*artículo 1.1.g*) RDCAID y *artículo 2.8* Reglamento (CE) Núm.2659/2000—.

¹³³ «Producto considerado en el contrato», un producto derivado de las actividades de investigación y desarrollo en común o un producto fabricado o prestado utilizando las tecnologías consideradas en el contrato» —*artículo 1.1.f*) RDCAID y *artículo 2.7* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000—.

¹³⁴ «Investigación y desarrollo remunerados», investigación y desarrollo que una de las partes lleva a cabo y la otra parte se limita a financiar» —*artículo 1.1.p*) RDCAID—.

«Parte financiadora», aquella parte que se limita a financiar investigación y desarrollo sin intervenir propiamente en las actividades de investigación y desarrollo» —*artículo 1.1.q*) RDCAID—.

¹³⁵ Los *apartados i), ii) y iii) del artículo 1.1.a)* RDCAID se corresponden, respectivamente, con los *artículos 1.1.a), 1.1.b) y 1.1.c)* del Reglamento (CE) Núm. 2659/2000, salvo en el ámbito referido a las tecnologías.

¹³⁶ «Producción», la fabricación de bienes o la preparación de servicios, incluida la producción por subcontratación» —*artículo 1.1.g*) RDCAE—. Este precepto resulta coincidente

con el de la normativa derogada —artículo 2.5 Reglamento (CE) Núm. 2658/2000—, excepción hecha de la sustitución significativa del concepto «prestación de servicios» por el de «preparación de servicios», que deviene de mayor ámbito aplicativo.

Así, la «preparación de servicios» conlleva «las actividades anteriores a la prestación de servicios a los clientes» —artículo 1.1.h) RDCAE—

¹³⁷ A este respecto, la normativa en vigor resulta técnicamente mejor elaborada que la derogada —artículo 1.a) Reglamento (CE) núm. 2658/2000—, eliminando dudas interpretativas respecto de la cesación, toda vez que contempla expresamente que esta sea «total o parcial».

¹³⁸ Este precepto mejora la normativa derogada —artículo 1.b) Reglamento (CE) núm. 2658/2000— en base al mismo argumento citado de contemplar expresamente que la cesación pueda ser «total o parcial».

A este respecto, cabe señalar que si bien en el caso de los «acuerdos de especialización unilateral» la definición de los mismos dada por las Directrices sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal —*apartado 152*— y por el Reglamento (UE) Núm. 1218/2010 resulta coincidente, no cabe predicar lo mismo con respecto de los «acuerdos de especialización recíproca», toda vez que las citadas Directrices omiten el carácter «total o parcial» de la cesación.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia [Sala Primera], de 6 de abril de 1995. [Asunto T-141/89], por su parte, contempla la posibilidad de que el contenido del acuerdo se contemple «directa o indirectamente» —*apartados 118 a 120*—.

¹³⁹ Artículo 1.c) Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁴⁰ «La naturaleza de los acuerdos de especialización recíproca y de especialización unilateral presupone que las partes desarrollan su actividad en el mismo mercado de producto. No es necesario que las partes operen en el mismo mercado geográfico. Por consiguiente, la aplicación del presente Reglamento a los acuerdos de especialización recíproca y unilateral debe limitarse a aquellos casos en los que las partes llevan a cabo sus actividades en el mismo mercado de producto» —*Apartado 8 RDCAE*—.

¹⁴¹ «A fin de garantizar que las ventajas de la especialización se materializarán sin que ninguna parte abandone completamente el mercado descendente, los acuerdos de especialización unilateral o recíproca solo deberán estar regulados por el presente Reglamento cuando establezcan obligaciones de suministro y de compra o de distribución en común. Las obligaciones de suministro y compra podrán ser de naturaleza exclusiva, aunque no necesariamente» —*Apartado 9 RDCAE*—.

¹⁴² «Un acuerdo de producción en común puede ser suscrito por partes que ya llevan a cabo actividades en el mismo mercado de producto, pero también por partes que desean entrar en un mercado de producto a través del acuerdo. Así pues, los acuerdos de producción en común deben entrar en el ámbito de aplicación del presente Reglamento independientemente de que las partes lleven ya a cabo actividades en el mismo mercado de producto» —*Apartado 8 RDCAE*—.

¹⁴³ A este respecto, el Reglamento (CE) núm. 2659/2000 concretaba, *ad exemplum*, el contenido posible de tales disposiciones «...como la obligación de no realizar independientemente o con terceras partes actividades de investigación y desarrollo en el ámbito objeto del acuerdo o en un ámbito estrechamente relacionado con él durante la ejecución del acuerdo» —artículo 1.2, párrafo primero—.

En este sentido también, el Reglamento (CE) núm. 2658/2000 —artículo 1.2— contemplaba, junto con la «cesión», la facultad o posibilidad de «uso», que desaparece de la normativa en vigor, más restringida., consiguientemente.

¹⁴⁴ «Obligación de compra exclusiva», la obligación de comprar el producto de la especialización exclusivamente a una parte del acuerdo» —artículo 1.1.p) RDCAE—.

¹⁴⁵ «Obligación de suministro exclusivo», la obligación de no suministrar a una empresa competidora que no sea parte en el acuerdo el producto de la especialización» —artículo 1.1.o) RDCAE—.

¹⁴⁶ Artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁴⁷ Reglamento (UE) núm. 1217/2010:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento, cuando, en un caso específico considere que un acuerdo de investigación y desarrollo al que se aplica la exención del artículo 2 surte, a pesar de todo, determinados efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado» —*apartado 19*—.

«En virtud del artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, la autoridad de competencia de un Estado Miembro podrá retirar la cobertura del presente Reglamento en su territorio o en una parte de él, cuando, en un caso determinado, considere que un acuerdo al que se aplica la exención establecida en el presente Reglamento produce efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado en su territorio o en una parte de él que presenta todas las características de un mercado geográfico distinto» —*apartado 20*—.

«Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, el beneficio del presente Reglamento podrá retirarse, por ejemplo, cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente la posibilidad de que terceros lleven a cabo actividades de investigación y desarrollo en el campo de que se trate a causa de las limitadas capacidades de investigación alternativas disponibles; cuando, debido a la estructura especial de la oferta, la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte seriamente el acceso de terceros al mercado de los productos o tecnologías considerados en el contrato; cuando, sin razones objetivamente justificadas, las partes no exploten los resultados de la investigación y desarrollo en común frente a terceros; cuando los productos o tecnologías considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado interior o en una parte significativa del mismo, de una competencia efectiva de productos, tecnologías o procesos considerados como similares por los usuarios a causa de sus propiedades, precio o finalidad, o cuando la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo elimine la competencia efectiva en la investigación y el desarrollo en un mercado particular» —*apartado 21*—.

Reglamento (UE) Núm. 1218/2010:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión podrá retirar el beneficio que confiere el presente Reglamento si considera que, en un caso concreto, un acuerdo al que se aplican las exenciones previstas en el presente Reglamento produce, a pesar de todo, efectos incompatibles con las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado» —*apartado 13*—.

«Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, la autoridad de competencia de un Estado Miembro podrá retirar la cobertura del presente Reglamento en su territorio o en una parte de él, cuando, en un caso determinado, considere que un acuerdo al que se aplica la exención establecida en el artículo 2 produce efectos incompatibles con lo establecido en el artículo 101, apartado 3, del Tratado en su territorio o en una parte de él que presenta todas las características de un mercado geográfico distinto» —*apartado 14*—.

«Con arreglo al artículo 29 del Reglamento (CE) Núm. 1/2003, el beneficio del presente Reglamento podrá retirarse, por ejemplo, cuando el mercado de referencia esté muy concentrado y la competencia sea ya escasa, en especial debido a las posiciones de mercado individuales de otros participantes en él o a los vínculos existentes entre ellos mediante acuerdos de especialización paralelos» —*apartado 15*—.

¹⁴⁸ «Artículo 7. Reglamento (CE) núm. 2659/2000. Supresión.—

Con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 2821/71, la Comisión, de oficio o a petición de un Estado Miembro o una persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento cuando, en un caso específico considere que un acuerdo de investigación y desarrollo al que se aplica la

exención del artículo 1 surte, no obstante, determinados efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado y, en particular, cuando:

- a) la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte gravemente la posibilidad de que los terceros procedan a la investigación y desarrollo en el campo de que se trate, a causa de las limitadas capacidades de investigación alternativas disponibles;
- b) a causa de la particular estructura de la oferta, la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo dificulte gravemente el acceso de terceros al mercado de los productos considerados en el contrato;
- c) las partes, sin razones objetivamente justificadas, no exploten los resultados de la investigación y desarrollo en común;
- d) los productos considerados en el contrato no sean objeto, en el conjunto del mercado común o en una parte significativa del mismo, de una competencia efectiva por parte de productos idénticos o considerados como similares por el usuario a causa de sus propiedades, precio o finalidad;
- e) la existencia del acuerdo de investigación y desarrollo elimine la competencia efectiva en la investigación y el desarrollo en un mercado particular».

«Artículo 7. Reglamento (CE) núm. 2658/2000. Supresión.—

Con arreglo al artículo 7 del Reglamento (CEE) núm. 2821/71, la Comisión, de oficio o a petición de un Estado Miembro o una persona física o jurídica que invoque un interés legítimo, podrá retirar el beneficio de la aplicación del presente Reglamento cuando, en un caso específico considere que un acuerdo al que se aplica la exención del artículo 1 surte, no obstante, efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 81 del Tratado y, en particular, cuando:

- a) el acuerdo no implique una racionalización sustancial o los usuarios no reciban una parte equitativa de los beneficios resultantes; o
- b) los productos objeto de la especialización no se enfrenten, dentro del mercado común o en una parte significativa del mismo, a la competencia efectiva de productos idénticos o considerados como similares por el usuario a causa de sus propiedades, precio o finalidad».

¹⁴⁹ DOCE L-1, de 4 de enero de 2003.

¹⁵⁰ El tenor literal del precepto los califica como «Restricciones Especialmente Graves».

¹⁵¹ La redacción de los preceptos vigente resulta más correcta y acertada que la contemplada en la normativa derogada —*artículos 5.1* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000—, toda vez que esta no preveía la singularidad, individualidad y autonomía de los elementos objeto del acuerdo, sugiriendo la cumulatividad de los mismos; lo cual no constituía la realidad ni el espíritu de la norma.

¹⁵² *Artículo 5.1.a)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵³ *Artículo 5.1.c)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁴ *Artículo 5.2.a)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁵ *Artículo 5.2.b)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁶ *Artículo 5.1.d)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁵⁷ *Artículo 5.1.e)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Restringir la clientela que las empresas participantes hayan de abastecer, al cabo de un periodo de siete años a partir del momento en que los productos considerados en el contrato se comercializaron por primera vez en el mercado común».

Artículo 5.1.f) Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Prohibir las ventas pasivas de productos considerados en el contrato en territorios reservados a otras partes».

¹⁵⁸ *Artículo 5.1.g)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Prohibir la comercialización de los productos considerados en el contrato o proseguir una política activa de venta de los mismos en territorios del mercado común que están reservados a otras partes, transcurrido un periodo de siete años a partir del momento en que los productos considerados en el contrato se comercializaron por primera vez en el mercado común».

¹⁵⁹ *Artículo 5.1.i)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁶⁰ *Artículo 5.1.j)* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000: «Exigir dificultar a usuarios o revendedores la obtención de los productos considerados en el contrato de otros revendedores del mercado común y, en particular, invocar derechos de propiedad intelectual o tomar medidas destinadas a impedir a usuarios y revendedores el aprovisionamiento o comercialización en el mercado común de productos lícitamente comercializados en la Comunidad por otra parte o con su consentimiento».

¹⁶¹ «Conjunta», en el ámbito de la distribución, cuando las partes: i) realicen la distribución de los productos mediante un equipo, una entidad o una empresa común, o ii) designen a una tercera parte como distribuidor sobre una base exclusiva o no, siempre que esa tercera parte no sea una empresa competidora» —*artículo 1.1.q)* RDCAE—

«Distribución», la distribución incluida la venta de bienes o la prestación de servicios» —*artículo 1.1.r)* RDCAE—.

¹⁶² *Artículo 5.1.a)* Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶³ *Artículo 5.2.a)* Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶⁴ *Artículo 5.2.b)* Reglamento (CE) núm. 2658/2000. Este precepto derogado resultaba más amplio que el vigente, puesto que extendía su aplicación también a los supuestos de fijación de objetivos de precios y no únicamente de ventas.

¹⁶⁵ *Artículo 5.1.b)* Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶⁶ *Artículo 5.1.c)* Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁶⁷ El propio epígrafe del precepto los califica como «Restricciones Excluidas».

¹⁶⁸ *Artículo 5.1.b)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁶⁹ *Artículo 5.1.h)* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁷⁰ El contenido del precepto citado resulta coincidente en parte con el del *artículo 3.2* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000, excepción hecha del contenido en cursiva, que, además, incorpora el concepto jurídico indeterminado de «tan pronto como estuvieren disponibles»; todo ello, además, habiendo de tener presente que los resultados de la investigación y el desarrollo no han de ser definitivos o completos, sino que se concibe su consecución por fases o etapas.

¹⁷¹ El contenido de este precepto varía sustancialmente del establecido por el *artículo 3.3* Reglamento (CE) núm. 2659/2000: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, cuando el acuerdo de investigación y desarrollo prevea solamente la investigación y desarrollo en común, cada parte será libre de explotar independientemente los resultados de la investigación y desarrollo en común y cualesquiera conocimientos técnicos preexistentes necesarios para tal explotación. Este derecho de explotación puede limitarse a uno o más ámbitos técnicos de aplicación, cuando las partes no sean empresas competidoras en el momento de la celebración del acuerdo».

¹⁷² *Artículo 3.4* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁷³ *Artículo 3.5* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁷⁴ *Artículos 6.1.a)* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁷⁵ *Artículo 6.1.b)* Reglamento (CE) Núm.2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁷⁶ *Artículo 6.1.c)* Reglamento (CE) Núm.2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁷⁷ *Artículo 4* Reglamento (CE) Núm. 2658/2000.

«Sin embargo, cuando los productos fabricados con arreglo a un acuerdo de especialización sean productos intermedios utilizados, total o parcialmente, por una o varias de las partes en la fabricación de determinados productos transformados vendidos posteriormente en el mercado, la exención que confiere el presente Reglamento debe estar, asimismo, supeditada a que la cuota de las partes en el mercado de referencia de esos productos transformados no exceda un determinado nivel. En tal caso, fijarse exclusivamente en la cuota de mercado de las partes para los productos intermedios supondría pasar por alto el riesgo potencial de exclusión del mercado o de un aumento del precio de los factores de producción para los competidores al nivel de los productos transformados. Sin embargo, cuando se supera el

umbral de la cuota de mercado establecido en el presente Reglamento o no se cumplen otras condiciones establecidas por el mismo, no se presume que los acuerdos de especialización entran en el ámbito de aplicación del artículo 100, apartado 1, del Tratado como tampoco que no satisfacen las condiciones establecidas en el artículo 101, apartado 3, del Tratado. En tales casos, de conformidad con el artículo 101 del Tratado, es preciso realizar una evaluación individual del acuerdo de especialización» —*Apartado 10 RDCAE*—.

¹⁷⁸ «Empresa competidora», un competidor real o potencial» —*artículo 1.1.r) RDCAID*—.

«Competidor real», una empresa que suministra un producto, tecnología o procedimiento susceptible de ser mejorado, sustituido o reemplazado por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia» —*artículo 1.1.s) RDCAID*—.

«Competidor potencial», una empresa que, de no existir el acuerdo de investigación y desarrollo, probablemente realizaría en un período no superior a tres años, sobre una base realista y no como una mera posibilidad, en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, las inversiones adicionales necesarias u otros gastos de adaptación necesarios para suministrar un producto, tecnología o procedimiento susceptible de ser mejorado o sustituido por el producto o la tecnología considerados en el contrato en el mercado geográfico de referencia» —*artículo 1.1.t) RDCAID*—.

Ambos preceptos contemplan una modificación común con respecto del Reglamento (CE) núm. 2659/2000 —*artículo 2.12*—, toda vez que el ámbito de actuación para la consideración de tal condición de «competidor» queda referido al «mercado geográfico de referencia». Asimismo, en el ámbito del «competidor potencial» se establece *ex novo* una delimitación temporal, consistente en «un período no superior a tres años». Finalmente, cabría señalar un defecto de técnica legislativa, por cuanto que la posibilidad de «reemplazar» el producto o la tecnología considerados en el contrato no se prevé para el supuesto del «competidor potencial».

En el ámbito de los «acuerdos de especialización», tales conceptos presentan un tenor literal ligeramente diferente:

«Competidor real», una empresa que desarrolla sus actividades en el mismo mercado de referencia» —*artículo 1.1.m) RDCAE*—.

«Competidor potencial», una empresa que, de no existir el acuerdo de especialización, sobre una base realista y no como una mera posibilidad, probablemente realizaría, en respuesta a un aumento pequeño pero permanente de los precios relativos, en un período no superior a tres años, las inversiones adicionales necesarias u otros gastos de adaptación necesarios para entrar en el mercado de referencia» —*artículo 1.1.n) RDCAE*—.

«Mercado de referencia», el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia al que pertenezcan los productos de la especialización y, además, cuando esos productos sean productos intermedios que una o varias de las partes tengan que utilizar forzosamente, total o parcialmente, para la producción de productos transformados, el mercado de producto de referencia y el mercado geográfico de referencia al que pertenezcan los productos transformados» —*artículo 1.1.i) RDCAE*—.

«Producto de la especialización», un producto se produce en virtud de un acuerdo de especialización» —*artículo 1.1.j) RDCAE*—.

«Producto transformado», un producto en cuya fabricación una o varias de las partes utilizan un producto de la especialización como insumo y que esas partes venden en el mercado» —*artículo 1.1.k) RDCAE*—.

¹⁷⁹ *Artículo 4.1* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

La justificación de ello se establece en el «fin de de aguardar la estabilización de sus cuotas de mercado, particularmente después de la introducción de un producto completamente nuevo, y garantizar un período mínimo para rentabilizar las inversiones efectuadas» —*apartado 14 RDCAID*—.

¹⁸⁰ *Artículo 4.2* Reglamento (CE) Núm. 2659/2000.

«*Mercado Tecnológico de Referencia*», el mercado de referencia de las tecnologías o los procedimientos susceptibles de ser mejorados, sustituidos o reemplazados por las tecnologías consideradas en el contrato» —*artículo 1.1.v) RDCAID*—.

¹⁸¹ *Artículo 4.3* Reglamento (CE) núm. 2659/2000.

¹⁸² *Artículos 6.2* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁸³ *Artículo 6.3* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

¹⁸⁴ *Artículo 6.4* Reglamento (CE) núm. 2659/2000 y del Reglamento (CE) núm. 2658/2000.

*(Artículo recibido el 10-06-2014 y aceptado
para su publicación el 30-06-2014)*

La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (parte II)

Precontractual Liability in the Planned Reform: A Lost Opportunity? (part II)

por

CARLOS CUADRADO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid - CUNEF

RESUMEN: En esta segunda parte del trabajo, cuya primera entrega se publicó en un número anterior de esta revista, se estudian dos de las cuestiones más relevantes y que mayor polémica han suscitado en torno a la figura de la responsabilidad precontractual: los remedios de los que dispone el perjudicado por la vulneración de la *bona fides in contrahendo* y la naturaleza jurídica de este tipo de responsabilidad. Pese a que en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* publicada en el año 2009 se ha abordado la regulación de la responsabilidad precontractual, son notables los silencios mantenidos por nuestro legislador y la incertidumbre que, si llega a ser aprobada, se perpetuará en nuestro ordenamiento jurídico. Afrontamos el análisis del texto propuesto y tratamos de ofrecer una visión crítica del mismo en relación con estas materias, a través del estudio de los importantes instrumentos internacionales que han servido de inspiración a la Comisión de Codificación y de la referencia a las más relevantes aportaciones

que nos han brindado, durante las últimas décadas, tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia. Resulta sorprendente la zozobra evidenciada por nuestro legislador y la ausencia de una cuidada y sistematizada ordenación sobre estas cuestiones, no solo por la enorme trascendencia práctica de la que estas gozan, sino también por la existencia de evidentes modelos en los textos internacionales en los que se cimienta la propia *Propuesta*.

ABSTRACT: This is the second part of a paper whose first instalment was printed in a previous issue of this journal. Here we look into two of the major issues that have sparked the hottest debate concerning precontractual liability: the recourses available to a person injured by infringement of bona fides in contrahendo and the legal nature of precontractual liability. Although the Proposed Preliminary Bill for the Modernization of the Law of Obligations and Contract Law published in 2009 does address precontractual liability, legislators have remained notably silent on some points, and the uncertainty that will be perpetuated in Spanish legislation if the text is made law will be equally notable. We analyze the preliminary bill proposal and endeavour to offer a critical view of the proposal in connection with precontractual liability through an examination of the important international instruments on which the Code Committee drew for its inspiration and through reference to the leading contributions of the last few decades of legal thought and case law. Spanish legislators are displaying a surprising amount of anxiety and a surprising absence of careful, systematic planning in these issues—surprising not only because of the vast practical importance of the matters at issue, but also because there are obvious models in the international texts on which the Proposed Preliminary Bill itself is based.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad precontractual. Ruptura de negociaciones. Deber precontractual de información. Remedios en la responsabilidad precontractual. Vicios del consentimiento. Nulidad del contrato. Incumplimiento contractual. Adaptación del contrato. Concurrencia de remedios. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual.

KEY WORDS: *Precontractual liability. Breaking off negotiations. Precontractual duty of information. Recourse in precontractual liability. Flaws of consent. Contract nullity. Breach of contract. Contract adaptation. Concurrent remedies. Legal nature of precontractual liability.*

SUMARIO: I. REMEDIOS FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LA *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*: 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL CONTRATO FINALMENTE NO SE CELEBRA. 3. SE CELEBRA UN CONTRATO INVÁLIDO: A) *Posible compatibilidad*

de la nulidad y la indemnización. B) Otra posible solución: el incumplimiento contractual. 4. EL CONTRATO CELEBRADO ES VÁLIDO: A) *Indemnización de daños y perjuicios*. B) *Adaptación del contrato*. 5. CONSIDERACIONES FINALES.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: 1. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN. 2. BREVE ALUSIÓN A LAS PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. 3. CONSIDERACIONES PERSONALES. III. CONCLUSIONES.

I. REMEDIOS FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LA *BONA FIDES IN CONTRAHENDO*

1. PLANTEAMIENTO

Con carácter general, en el primer inciso del artículo 1245.5 de la *Propuesta de Modernización* se dispone que la infracción del deber conducirse de buena fe en las negociaciones, así como la vulneración del deber de confidencialidad, «*dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*».

No obstante, en el segundo inciso de ese mismo apartado del proyectado artículo 1245 se introduce una regla específica, que resultará aplicable única y exclusivamente cuando alguna de las partes haya procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones y cuando haya entrado en ellas o las haya continuado sin intención de llegar a un acuerdo. En tales hipótesis, «*la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*». Sin embargo, no se ofrece explicación alguna de la razón por la que solo se concreta la consistencia de la indemnización en las hipótesis recogidas en el artículo 1245.4 de la *Propuesta de Modernización*.

El texto de este precepto es manifiestamente defectuoso y decepcionante, pues en una materia extremadamente polémica, incierta y sobradamente discutida en nuestra doctrina, como es la responsabilidad precontractual, se debe esperar mucho más de nuestro legislador.

En primer lugar, aunque parece partir de la heterogeneidad de las eventuales hipótesis que pueden dar lugar a responsabilidad precontractual y de sus consecuencias jurídicas, la *Propuesta de Modernización* dista considerablemente de ser precisa y mínimamente desarrollada. En este sentido, en su artículo 1245 simplemente se hace alusión al principio general que impone la actuación conforme a la buena fe en la fase preliminar y a los supuestos ya mencionados: deber de confidencialidad —cuyas consecuencias ya analizamos en la primera parte de este trabajo, publicada en un número anterior de esta revista— y deber de no abandonar los tratos sin justa causa y de conducirse seriamente en los mismos. Por cuanto a sus consecuencias jurídicas se refiere, en dicho precepto se

limita a disponer, con carácter general, que la responsabilidad precontractual se materializará en una «*indemnización de daños y perjuicios*», sin el rigor exigible. Hace gala de una mayor concreción, aunque insuficiente, en las hipótesis de interrupción injustificada de negociaciones o de falta de intención de contratar de una de las partes negociadoras, al especificar que la indemnización «*consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*». Incluso, en estas últimas alusiones, el texto proyectado se halla envuelto por una marcada confusión, que conviene resolver antes de su aprobación definitiva.

Por consiguiente, en la *Propuesta de Modernización* no se desarrolla, aunque hemos de observar que tampoco lo destierra, el planteamiento que ofreció CABANILLAS¹, a cuyo tenor «las hipótesis agrupadas bajo la idea de responsabilidad precontractual no son absolutamente homogéneas y merecen de algún modo un tratamiento diferente». De hecho, como hemos comprobado, en el texto proyectado se contemplan algunos ejemplos concretos de responsabilidad precontractual, al margen de ofrecer una regla general ligada a la buena fe, si bien ni se establecen ni se excluyen explícitamente ciertos vínculos entre esta suerte de responsabilidad y otras hipótesis destacadas por nuestra doctrina y jurisprudencia. En concreto, el mencionado autor pone de relieve que cabe distinguir tres grupos de supuestos: a) responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra; b) responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido; c) responsabilidad precontractual cuando el contrato es válido².

Dado que consideramos correcto este esquema en el ámbito de nuestro análisis, vamos a centrar nuestra atención, a continuación, en los eventuales remedios propios de estas tres hipótesis.

2. EL CONTRATO FINALMENTE NO SE CELEBRA

En primer lugar, naturalmente, el daño se localiza en los gastos afrontados en torno a la negociación por aquel cuya confianza se ha visto quebrada por el abandono arbitrario de los tratos preliminares (v.gr., viajes, proyectos, estudios, etc). No obstante, parece lógico pensar que habrá que analizar si los desembolsos efectuados por el perjudicado por la ruptura injustificada de los tratos tienen su origen en expectativas razonables, que se han suscitado por la conducta de la otra parte de la negociación³. En relación con esta cuestión, DÍEZ-PICAZO pone de relieve que no resultan resarcibles los gastos denominados «especulativos» o que representan un riesgo inherente a todo negocio, de tal modo que habrá de probarse la conveniencia de los gastos en el ámbito del desenvolvimiento de los tratos preliminares⁴. Cuando las expensas resulten excesivas, se considera, con carácter general, que han de quedar a cargo de quien las ha efectuado imprudentemente, a menos que haya hecho conocer a la otra parte su intención

de llevarlas a cabo y que esta le haya empujado a hacerlas o no haya tratado de impedir el desembolso⁵.

En relación con la regulación del resarcimiento inherente a la ruptura injustificada de las negociaciones prevista en la *Propuesta de Modernización*, emerge de manera espontánea la siguiente controversia: en los términos «dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones», ¿se puede incluir la parte del lucro cesante correspondiente a la pérdida efectiva de oportunidades de celebrar otros contratos, o simplemente se ha de entender comprendido el daño emergente?

A tenor de la doctrina y jurisprudencia actualmente dominantes⁶, el responsable ha de resarcir el denominado «interés contractual negativo» o «daño a la confianza» (el «negatives Vertrauensinteresse» del que habló JHERING⁷, y que hoy se conoce también como «reliance damages»), como el interés en la no conclusión del contrato o «id quod interest contractum initium non fuisse». Como podemos comprobar, este parece ser el designio de nuestro legislador en el texto proyectado del artículo 1245.5. Con este concepto resarcitorio se pretende restituir a la parte perjudicada a la situación en la que se hallaba con anterioridad al inicio de las negociaciones.

Teóricamente, el interés negativo incluye el daño emergente (los gastos e inversiones que los tratos hubieran generado al perjudicado, con las limitaciones a las que hemos hecho mención), así como una parte del lucro cesante⁸. A pesar de ello, en el interés negativo no se encierran los beneficios que dicho damnificado podría haber alcanzado en caso de haberse celebrado el contrato, pues tales conceptos se insertan en el marco del «interés contractual positivo» —o interés en el cumplimiento—, que ha de afrontarse en los casos en los que se declara que hay responsabilidad contractual por incumplimiento de contrato. Como explica PANTALEÓN⁹, en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones, pretender que el infractor indemnice el interés contractual positivo comportaría una injustificable limitación de su libertad de no contratar, así como una inadmisibile compulsión a contratar.

En una primera aproximación al texto del proyectado artículo 1245, parece inferirse que únicamente habría de indemnizarse el daño emergente. Sin embargo, la expresión empleada en dicho precepto resulta ambigua. Si tomamos como punto de partida la tradicional controversia doctrinal en torno a esta cuestión, resultan inadmisibles y desalentadoras la tibieza y la vaguedad que impregnan los preceptos previstos sobre la responsabilidad precontractual. A nuestro juicio, la letra del referido precepto no permite erradicar el eventual resarcimiento de la parte del lucro cesante correspondiente a la pérdida de oportunidades, dada su oscuridad.

Por lo tanto, dentro del concepto de interés negativo habría de entenderse envuelto, al margen de los referidos gastos e inversiones, el coste de oportunidad experimentado por el perjudicado por la ruptura injustificada de los

tratos, al haber rechazado otras ocasiones de contratar. Así pues, según esta postura, el lucro cesante resarcible se limitaría a la utilidad que el perjudicado no ha obtenido como consecuencia de haber confiado en la corrección de las negociaciones y no haber aprovechado otras posibilidades de contratar que se le presentaron. La dificultad de prueba de estas circunstancias y la lógica posición restrictiva en su apreciación por parte de nuestros tribunales no debe llevarnos a excluir, *ab initio*, su inclusión en el seno del interés contractual negativo.

Abonan nuestra percepción los comentarios relativos a algunos de los textos internacionales que han servido de inspiración a nuestra *Propuesta de Modernización*, y que podríamos considerar como «interpretación auténtica» de los mismos:

- Por ejemplo, en el artículo 2.1.15(2) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante, Principios UNIDROIT) únicamente se dispone que la interrupción maliciosa de los tratos trae consigo el deber de indemnizar por los daños y perjuicios irrogados a la otra parte, sin mayor precisión. En aras a concretar la consistencia de dicho resarcimiento, en el comentario correspondiente a este precepto se afirma, de manera inconcusa, lo siguiente¹⁰: «La responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte (parágrafo (2)). En otras palabras, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (la llamada «confiabilidad» (*reliance*) o interés negativo), pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo)».
- Por otra parte, en el artículo II.—3:301(3) *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR) tampoco se advierte gran concreción, pues en él se dispone que una persona que ha contravenido este deber resulta responsable de cualquier pérdida causada a la otra parte por dicho incumplimiento [en parecidos términos, *vid.* artículo 2:301(2) *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL)¹¹]. En el comentario a dicho artículo se señala que la responsabilidad de la persona que actuó en contra de la buena fe y la lealtad negocial incluye tanto los gastos en los que ha incurrido la otra parte como el trabajo por esta realizado, así como la pérdida por operaciones realizadas por confiar en el contrato esperado. En algunos casos, según el comentario a este precepto, la pérdida de oportunidades también puede ser compensada. Sin embargo, la parte perjudicada no puede reclamar ser puesto en la posición en la

que se hallaría si el contrato se hubiera concluido debidamente y si las obligaciones derivadas del mismo hubieran sido realizadas correctamente (interés positivo)¹².

Como puede observarse, aunque no se ha previsto explícitamente la inclusión de la pérdida de oportunidades entre los conceptos resarcibles en estos textos internacionales, los comentarios que les acompañan no dejan margen a la discusión en torno a su admisibilidad. La incertidumbre afectará a la determinación de cuáles serán las concretas hipótesis en las que habrá de indemnizarse por haber perdido otras ocasiones de contratar y la cuantía de tal resarcimiento. En nuestra opinión, el tenor literal de nuestro proyectado artículo 1245 no veda una exégesis similar a la inmanente a estos textos internacionales.

Con mayor rotundidad se admite esta tendencia en el artículo 6.4 del Código de Pavía, donde se dispone expresamente: «*En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes*».

Son muchas las cuestiones de capital relevancia que se suscitan en torno a la inserción de parte del lucro cesante en la indemnización debida en estos supuestos: por ejemplo, si el interés negativo puede exceder el interés positivo¹³, si se requiere que el contrato rechazado sea más beneficioso que aquel sobre el que se estaba negociando¹⁴, si sendos contratos han de tener el mismo objeto, etc. Lamentablemente, ninguna de estas controversias recibe respuesta en nuestra *Propuesta de Modernización*, que ha eludido abordar una regulación cuidadosa sobre la responsabilidad precontractual.

Pese a que la doctrina mayoritaria incluye esta parte del lucro cesante en el interés negativo cuando se produce el abandono injustificado de las negociaciones¹⁵, otros autores niegan tal posibilidad, al entender que si el perjudicado había tenido una ocasión más provechosa o ventajosa, gozó de la oportunidad de retirarse de las negociaciones con justo motivo, de tal manera que si no lo aprovechó, solo a él es imputable¹⁶. A nuestro juicio, quien recibe una mejor propuesta mientras negocia un contrato puede decidir continuar los tratos por entender que es lo correcto, por una cuestión de mayor confianza en el sujeto partícipe en los mismos, o, incluso, por temor a incurrir en responsabilidad precontractual si abandona él mismo las negociaciones. Por otra parte, si el negocio no concluido por el perjudicado era igual o menos beneficioso que aquel cuyas negociaciones luego se truncaron injustificadamente, lo normal es que no abandone los tratos. Por lo tanto, en estos últimos supuestos no cabría reproche alguno al perjudicado.

3. SE CELEBRA UN CONTRATO INVÁLIDO

A. *Posible compatibilidad de la nulidad y la indemnización*

En relación con la hipótesis referida a la responsabilidad *in contrahendo* si el contrato es inválido (cimiento sobre el que ya en el siglo XIX sustentó JHERING su imprescindible tesis), la *Propuesta de Modernización* sigue la senda trazada por nuestro todavía vigente Código Civil. En consonancia con lo anterior, el texto programado en nuestro país elude pronunciarse sobre una posible obligación de resarcimiento cuando la causa de nulidad del contrato fue conocida, o debía serlo, por una de las partes. En cambio, en los principales textos internacionales que han influido en la reforma proyectada en España sí se acomete la disciplina de este supuesto.

Por ejemplo, en el artículo 15:105 PECL se dispone que cuando el contrato es nulo por vulneración de los principios fundamentales o infracción de normas imperativas, una de las partes del mismo puede exigir a la otra una indemnización de los daños y perjuicios, siempre que la otra parte conociera o debería haber conocido la causa de ineficacia; este resarcimiento tratará de colocar al perjudicado en la situación más semejante posible a la que habría tenido si no se hubiera concluido el contrato. Naturalmente, esta obligación de indemnizar podrá denegarse cuando el perjudicado, por su parte, conoció o debió haber conocido la causa de ineficacia (cfr., asimismo, artículo II.-7:304 DCFR). En esta misma senda, hemos de observar que han sido varias las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se ha reconocido el derecho al resarcimiento en estos casos (*vid.*, v.gr., STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd* contra *Bernard Crehan*).

Nuestra *Propuesta de Modernización* no contempla la obligación de resarcimiento cuando quien ha soportado un vicio del consentimiento se inclina por anular el contrato por él afectado. A pesar de ello, parece lógico pensar que podrá acudir al proyectado artículo 1245 en estos supuestos, en aras a complementar la invalidez del contrato con la reclamación de una indemnización de los daños y perjuicios soportados. A nuestro modo de ver, la anulación del contrato por error o dolo representa un remedio perfectamente compatible con la responsabilidad precontractual¹⁷. Como acertadamente apunta MORALES MORENO, en la *Propuesta de Modernización*, la anulación del contrato afectado por vicios del consentimiento y el resarcimiento representan dos remedios desarrollados legalmente «de modo separado, no integrados en un sistema de remedios (con un supuesto unitario)»¹⁸.

Sin embargo, resulta turbadora la omisión de cualquier referencia explícita en la norma programada a esta posibilidad cuando se regulan los vicios del consentimiento, pues en algunos de los textos internacionales que han servido de inspiración al proyecto español se aborda esta cuestión de modo inequívoco

y sin ambigüedades: «La parte que denuncia un contrato en virtud del presente capítulo podrá solicitar de su contraparte una indemnización por daños y perjuicios que le permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato, siempre que la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta» [art. 4:117(1) PECL; *vid.*, asimismo, art. II.—7:214 DCFR].

En el actual estado de nuestra legislación, a nuestro modo de ver, resulta plenamente compatible pretender la anulación del contrato y la percepción de una indemnización cimentada en la causa de la invalidez del mismo. A favor de tal posibilidad, MORALES MORENO aduce un argumento íntimamente ligado con la congruencia jurídica: resultaría «incoherente excluir la indemnización en los casos de dolo causal y ofrecerla, en cambio, en los de dolo incidental y dolo de tercero, ya que la anulación no repara todos los daños que pueden ser indemnizables»¹⁹. Como atinadamente observa DE VERDA, cuando el contrato se encuentra afectado por dolo *causam dans*, la acción de nulidad tutela la libertad en la formación de la voluntad de los contratantes, con independencia de que el *deceptus* no haya soportado ningún perjuicio. El efecto de lo preceptuado en el artículo 1303 de nuestro vigente Código Civil, por consiguiente, no se halla configurado con el designio de indemnizar *in natura* al perjudicado, sino con el de reponer las cosas a su estado originario.

En cambio, a través de la acción de responsabilidad precontractual el contratante de buena fe trata de obtener la reparación de los daños que la anulación del contrato le ha irrogado, pues ha visto lesionada su libertad negocial al verificarse una causa de invalidez imputable al comportamiento antijurídico de la otra parte.

En la STS de 24 de abril de 2009 (RJ 3167) podemos encontrar la siguiente argumentación:

«El dolo genera responsabilidad, en cuanto acto ilícito, que algún autor ha calificado como “delito civil”, con obligación de reparar los daños y perjuicios. Aunque es cierto que la aplicación al caso de las normas de validez y de las de responsabilidad está interrelacionada, pues el daño no ha de ser el mismo en el caso de anulación que en el de mantenimiento del contrato, las acciones para exigir una u otra consecuencia (anulación o reparación de los daños) son distintas y pueden ejercitarse conjunta o separadamente. No empece la distinción el hecho de que la anulación provoque una acción de restitución (artículo 1307 CC) que, a efectos prácticos, podría producir los efectos de una acción de responsabilidad, pues la acción de restitución, consecuencia de la acción de anulación, no es una acción de reparación de daños».

Según explica el último autor citado, el *deceptor* habrá de indemnizar el interés contractual negativo, si bien su postura no resulta incontrovertida²⁰. Por ejemplo, en la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2907) se concede una indemnización que comprende el interés positivo, como consecuencia de la nulidad del

contrato debida a dolo *in contrahendo*. En cambio, en la STS de 5 de marzo de 2010 (RJ 2390), también en un caso de dolo, categóricamente se niega la posibilidad de resarcir el interés contractual positivo, y de forma explícita se confiere la indemnización del interés negativo o «interés de confianza». Indudablemente, esta disparidad de criterios en el propio Tribunal Supremo coadyuva a la generación de un escenario de azarosa oscuridad. En cualquier caso, al margen de la partidas que hayan de ser incluidas en el resarcimiento, nuestro Alto Tribunal otorga la facultad de exigir una indemnización en estas hipótesis, pese al tenor literal de los vigentes artículos 1269 y 1270 del Código Civil, donde únicamente se contempla la posibilidad de anular el contrato, sin aludir a un eventual resarcimiento de daños y perjuicios.

Mientras que en la *Propuesta de Modernización* se contempla únicamente el referido efecto restitutorio (cfr. el primer párrafo de su artículo 1306), según hemos apuntado más arriba, en los principales instrumentos internacionales que lo inspiran se admite, además, la posibilidad del resarcimiento. La pasividad e indiferencia de nuestro legislador resultan más sorprendentes, incluso, si contemplamos las antedichas decisiones jurisprudenciales.

Como hemos comprobado, en caso de dolo, nuestra jurisprudencia ha admitido el ejercicio acumulado de la acción de anulación y la de reclamación de indemnización. En estos términos, hemos de hacer destacada referencia, como colofón, a la importante STS de 18 de enero de 2007 (RJ 529), donde se concluye de manera categórica:

«Sobre si cabe, primero, la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios (acumulación de dos acciones), segundo, la acción de anulación, sin reclamación de indemnización (una sola acción) y, tercero, la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, sin ejercitar la acción de anulación (una sola acción, es el caso presente). La respuesta debe ser afirmativa, tanto porque no hay norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, como porque sí hay una norma aplicable a un caso similar de ineficacia, que es la resolución que contempla el artículo 1124 del Código Civil, que admite como perfectamente compatibles y, al tiempo, independientes, la acción de resolución y la de resarcimiento, que pueden ser ejercitadas conjunta o independientemente, sin que la posibilidad de ineficacia excluya la indemnización, ni viceversa, ni la acumulación».

La cuestión se ha planteado tradicionalmente en términos considerablemente más confusos en relación con el error vicio, pues mientras que un importante sector doctrinal ha sostenido que este —a diferencia del dolo— agota sus consecuencias en la anulación del contrato²¹, se ha abierto paso con pujanza la corriente que extiende el deber de resarcimiento a las hipótesis de anulación del contrato por error imputable a la otra parte (evidentemente, cuando es propiciado por culpa, y no por dolo)²².

Se trata del «error provocado» sobre el que disertan DELGADO y PARRA, y al que dichos autores únicamente anudan una consecuencia: en estos casos, resulta excluido el requisito de la excusabilidad del error para conferirle trascendencia anulatoria, pues si es la otra parte la que ha provocado el error, ya no hay razón para proteger su confianza en la validez del contrato. Resumen su opinión del siguiente modo: «Nuestro punto de vista es que, en el Derecho español vigente, no es requisito de relevancia del error el que haya sido provocado o inducido por la otra parte contratante, pero que cuando este es el caso podemos apreciar el error sin considerar además el requisito de la excusabilidad, sustituido por o subsumido en el de provocación por la otra parte. La diferencia con el dolo es que no hay (o no se ha probado) el ánimo de engañar». No obstante, advierten estos autores sobre el cambio de perspectiva que cabe apreciar en la *Propuesta de Modernización*, ya que en su artículo 1298, al configurar los requisitos del error, se requiere siempre alguna consideración de la conducta o actitud de la otra parte, y se tiende a reducir su ámbito de relevancia como fundamento de anulabilidad; por el contrario, en la modificación programada se lleva a cabo la ampliación del ámbito del dolo a través de la ocultación de información²³.

En nuestra opinión, no existe ningún obstáculo insalvable, desde el punto de vista conceptual y de lógica jurídica, que vede a quien sufrió el error exigir conjuntamente la anulación del contrato y un eventual resarcimiento de daños y perjuicios, en las hipótesis en las que tal vicio tuviera su génesis en una actitud descuidada o negligente de la otra parte. A esta conclusión nos ha de llevar, incluso en la actualidad, la plenamente vigente configuración en sentido objetivo de la *bona fides in contrahendo*. Que el error puede dar lugar no solo a la anulación del contrato, sino también a un complementario deber de resarcimiento, nos parece evidente en la *Propuesta de Modernización*, salvo en el caso del «error común» contemplado en el programado artículo 1298.1.3° [por otra parte, esta es la solución adoptada, tal y como hemos indicado, en los artículos 4:103(1)(a)(iii) y 4:117(1) PECL y II.—7:214 DCFR].

Incluso MORALES MORENO, que —como hemos observado— sostuvo que en caso de error únicamente procedía la anulación del contrato, en una obra posterior admite la complementariedad del remedio de la nulidad y el de la indemnización en el marco de la *Propuesta de Modernización* (salvo en el referido supuesto del «error común»). En su opinión, tal posibilidad tiene su origen en la evolución advertida en el texto proyectado en nuestro país: mientras que en el todavía vigente Código Civil, conforme al Derecho Romano, se acoge el dolo como criterio de imputación de responsabilidad precontractual (cfr. arts. 1270, párr. 2°, y 1486, párr. 2°, CC), la *Propuesta de Modernización* se manifiesta permeable a la construcción pandectista de la responsabilidad *in contrahendo* y a la evolución operada en el *Common Law* por la «misrepresentation», y fundamenta esta suerte de responsabilidad en la culpa (entendida como infracción de un deber de conducta impuesto por la buena fe). En este

sentido, dicho autor pone de relieve que será contraria a las exigencias de la buena fe la conducta del contratante que hace manifestaciones incorrectas, aunque crea en su corrección, cuando no haya tomado las medidas exigibles para comprobar su certeza. Como consecuencia de ello, con independencia de si el error provocado por esa transmisión de información defectuosa es esencial o no, nos hallaremos frente a un supuesto de responsabilidad precontractual. La esencialidad del error añadirá, según expone, la facultad de anular el contrato. Sobre este último aspecto, resulta interesante el artículo 4:106 PECL²⁴.

En las hipótesis de anulación del contrato por error imputable a la otra parte, parece lógico sostener, en principio, que el responsable habrá de indemnizar el interés contractual negativo, en aras a colocar a quien sufrió el vicio en la posición de la que gozaría si no se hubiese celebrado el contrato; quizá sería más preciso aludir a la situación en la que se hallaría si nunca hubiera entablado negociación alguna tendente a la celebración de dicho contrato con la otra parte²⁵. Dentro de este resarcimiento han de incluirse, por consiguiente, tanto el daño emergente como las oportunidades de contratar que ha perdido quien sufrió el error. Como consecuencia de ello, cuando el contrato se anula y quien padeció el vicio no ha soportado pérdida alguna ni ha desaprovechado otras ocasiones para contratar, deberá bastar con la restitución de las prestaciones.

Resulta llamativo que en el ámbito de los servicios de inversión (en concreto, en la colocación de participaciones preferentes, a la que ya nos hemos referido en la primera parte de este trabajo, publicada en un número anterior de esta revista), donde es muy frecuente la impugnación por error del contrato²⁶, sea habitual que solo se conceda la anulación del mismo con la consiguiente restitución de prestaciones. Los consumidores (o «minoristas», de acuerdo con la nomenclatura empleada en la LMV), según se pone de relieve en la mayor parte de las decisiones judiciales recaídas sobre el particular y espinoso problema de las participaciones preferentes, adquirieron este producto complejo como directa consecuencia de la omisión de información o de las afirmaciones de los empleados e, incluso, directores de sucursal de algunas entidades de crédito. Los jueces y tribunales acostumbra a estimar que el incumplimiento de la obligación legal precontractual de informar, por parte de la entidad, genera un error en el cliente sobre la verdadera naturaleza de la operación suscrita de calado suficiente para invalidar el consentimiento contractual.

En materia de contratos bancarios, podemos hacer alusión a una reciente decisión de nuestro Alto Tribunal, la STS de 20 de enero de 2014 (*RJ* 781), cuya argumentación jurídica resulta elocuente. En ella se juzga la incidencia de la omisión del deber precontractual de información sobre la validez de un contrato de permuta financiera (*swap*). El Tribunal Supremo asume, como punto de partida, la desproporción existente entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional, y la perentoria tutela que el ordenamiento jurídico ha de procurarle:

«La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto».

Según se expone en esta decisión, como consecuencia de la Directiva MiFID, todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. A tenor de la atinada exposición desenvuelta en esta sentencia, este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contenido en nuestro vigente artículo 7 del Código Civil. Se hace eco, por otro lado, del reflejo de este principio en el artículo 1:201 PECL y de la plasmación que del mismo ha de efectuarse en este tipo de contratos, pues el genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran, en este caso, los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar.

Especialmente luminosa nos parece su disertación referida a esta cuestión, en aras a acceder a la anulación del contrato de *swap* pretendida por el cliente:

«Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conllevan necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. (...) Sobre la base de la apreciación legal de la necesidad que el cliente minorista tiene de conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados, y del deber legal que se impone a la entidad financiera de suministrar a dicho cliente una información comprensible y adecuada sobre tales extremos, para salvar la asimetría informativa que podía viciar el consentimiento por error, la normativa MiFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses en que incurre en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, la prestación de asesoramiento financiero para su contratación. (...) En un caso como el presente, en que el servicio prestado fue de asesoramiento financiero, el deber que pesaba sobre la entidad financiera no se limitaba a cerciorarse de que el cliente minorista conocía bien en qué consistía el *swap* que contrataba y los concretos riesgos asociados a este producto, sino que además debía haber evaluado que en aten-

ción a su situación financiera y al objetivo de inversión perseguido, era lo que más le convenía».

Finalmente, en esta decisión del Tribunal Supremo se aporta una solución de enorme calado en el ámbito práctico, destinada a tutelar los intereses del cliente minorista, pues se concluye con la consagración de una relevante presunción:

«En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación, en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el *swap*, como si al hacerlo tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo. La omisión del test que debía recoger esta valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

La habitual no concesión de indemnización alguna —más allá de la restitución de prestaciones— obedece, sin lugar a dudas, a una comprensible táctica instaurada en la *praxis* procesal de nuestro país, por el siempre acuciante temor a ser condenado en costas: el afectado «se conforma» con la anulación del contrato y la subsiguiente restitución de las prestaciones, y no trata de ver resarcidos los perjuicios que aquel le ha irrogado. Dado que los clientes no suelen solicitar indemnización, el juzgador normalmente no se pronuncia en torno a su compatibilidad con la anulación del contrato por error.

A nuestro modo de ver, aunque simplemente se aprecie la concurrencia de error vicio en el inversor, este resulta plenamente imputable a la entidad, de tal modo que aquel debería encontrarse facultado para exigir no solo la anulación del contrato viciado, sino también, y de manera acumulada, la indemnización de los daños y perjuicios que el mismo le ha irrogado. En estos casos concretos, por otra parte, las conductas consistentes en la omisión del deber precontractual de información legalmente impuesto resultan rayanas al dolo, tal y como se desprende de la descripción general del mismo que podemos hallar en nuestra jurisprudencia: las «palabras o maquinaciones pueden tener carácter positivo o ser de tipo negativo en el sentido de la reticencia o silencio ante una situación que razonablemente podía pensarse lo contrario» [STS de 5 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2390)].

En realidad, muchas de las decisiones donde se anulan los contratos por error serían perfectamente reconducibles al dolo [así se aprecia, v.gr., en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Madrid de 3 de junio de 2011 (*AC* 1358)]. Como explican DELGADO y PARRA²⁷, no siempre que una de las partes omite una información que pudiera ser interesante para la otra está el contrato viciado por dolo: la clave la encontramos en si la información era debida, esto es, si precede un deber jurídico de informar que sería quebrantado

por el silencio. Si la omisión del deber precontractual de informar puede configurar una hipótesis de dolo, con mayor motivo podremos apreciarlo en los casos de error inducido por la incorrección de la información proporcionada.

Aunque la tendencia jurisprudencial en nuestro país se centra en apreciar la existencia de un error vicio, quizá pueda establecerse cierto tipo de conexión entre algunos de estos supuestos y el error obstativo, a través de la figura del *error in negotio*, pues muchos de estos clientes creyeron celebrar un contrato de depósito a plazo fijo, debido a la omisión del deber precontractual de información. En algún caso cabría plantear la presencia de dolo *causam dans*, ya que la inversión obedeció no solo a esa ausencia de información, sino también a afirmaciones explícitas sobre la liquidez, seguridad y garantía de las participaciones, e, incluso, sobre la naturaleza de esta figura como un tipo privilegiado y «preferente» de depósito a plazo fijo (de hecho, en tiempos recientes el Ministerio Fiscal ha aducido la existencia de delito de estafa en los casos más graves).

No obstante, de nuevo una consolidada táctica procesal propicia que estos supuestos se conduzcan por la menos problemática vía del error vicio, donde la exigencia en la actividad probatoria resulta inferior.

En el artículo 1300 de la *Propuesta de Modernización* la regulación no difiere sustancialmente de la todavía vigente en relación con el dolo, si bien se contempla explícitamente la ocultación maliciosa de alguna información que, teniendo en cuenta las circunstancias y conforme a la buena fe, debería haber comunicado a la otra parte de las negociaciones. Por lo tanto, tampoco se prevén efectos resarcitorios en el texto proyectado cuando se anule el contrato por dolo o por error (salvo el supuesto ya existente del dolo incidental, en el que no hay posibilidad de anulación). Ello invita a pensar que nuestra jurisprudencia va a continuar por el camino ya recorrido en las decisiones mencionadas [cfr., v.gr., SSTs de 18 de enero de 2007 (*RJ* 529), de 24 de abril de 2009 (*RJ* 3167), de 5 de mayo de 2009 (*RJ* 2907), de 5 de marzo de 2010 (*RJ* 2390)], y que va a permitir exigir una indemnización en estas hipótesis. No obstante, entendemos que el legislador debería plasmar esta posibilidad expresamente, pues nuestra jurisprudencia así lo permite con un texto legal muy similar.

B. Otra posible solución: el incumplimiento contractual

En relación con los eventuales remedios aplicables cuando se celebra un contrato inválido, MORALES MORENO centra su atención en el incumplimiento de los deberes precontractuales de información. Según explica el mencionado autor, estas conductas suelen abordarse jurídicamente desde la perspectiva precontractual, a través del dolo (causal o incidental), el error o la *culpa in contrahendo*, de tal modo que los efectos diferirán en función del camino seguido. Sin embargo, a su modo de ver, cuando la información precontractual se proyecta sobre el

objeto o contenido del contrato y da lugar a problemas de incumplimiento, su tratamiento debería ser otro distinto. En estos supuestos, considera que lo más razonable es «atraer a la responsabilidad contractual tanto la lesión del interés en el cumplimiento como la del interés de integridad». Propone, como ejemplo, el caso del vendedor de un cuadro que engaña al comprador sobre su autenticidad; la conducta de aquel no solo podrá ser considerada como dolo *in contrahendo*, sino también como incumplimiento del deber de prestación consistente en la entrega del cuadro presupuesto en el contrato como auténtico²⁸.

Naturalmente, en aras a poder acudir a los remedios inherentes al incumplimiento contractual por inadecuación de la prestación efectivamente satisfecha, la información precontractual discordante con la misma ha de entenderse incorporada al contrato y, por lo tanto, resultar vinculante. De este modo, si al cumplir el contrato no se hace según el tenor de tales informaciones, en nuestro Derecho el perjudicado debería gozar de la facultad de exigir el cumplimiento forzoso de aquel en dichos términos, o bien la resolución contractual, con una indemnización en ambos casos (cfr. art. 1124 del vigente CC).

La primera cuestión que emerge, de manera espontánea, al adentrarnos en esta materia es la precisión de las hipótesis donde la información precontractual ha de estimarse como parte del propio contenido contractual. En realidad, es en este punto donde se ubica la clave para determinar cuándo el perjudicado puede alcanzar la efectiva tutela de los remedios configurados para el incumplimiento contractual.

Nuestro actual ordenamiento jurídico nos ofrece algún ejemplo donde cabe apreciar, de manera palmaria, la inclusión de informaciones previas al contrato en el seno de su contenido. En materia de consumo, en el artículo 61.2 del TRLGDCU —cuyo origen se halla en el artículo 8.1 de la LGDCU de 1984— se dispone: «*El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*»²⁹. Este precepto erradica toda incertidumbre sobre el carácter contractual del contenido de la publicidad, que forma parte esencial de la oferta contractual y vincula al proponente [*vid.* STS de 7 de noviembre de 1988 (RJ 8419)].

De manera coherente con esta conclusión, cuando el producto o servicio no se ajusta a las características anunciadas en la publicidad, aquel incurrirá en un incumplimiento contractual, con independencia de la no inclusión de dichas características en el contrato. Así pues, el consumidor dispondrá de la facultad de acudir a los remedios propios del incumplimiento (cfr. arts. 1101, 1106, 1107 y 1124 CC), donde —según expone BERCOVITZ— se verá favorecido por una mayor facilidad probatoria y por la posibilidad de obtener una indemnización

más elevada, en comparación con las acciones de anulación del contrato por error o dolo cimentados en una publicidad engañosa³⁰.

Incluso, con anterioridad a la acogida de esta norma en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia tuvo ocasión de conceder ciertos efectos contractuales a los mensajes publicitarios, como elemento heterointegrador del contenido del contrato: SSTs de 14 de junio de 1976 (ROJ 22)³¹ y de 27 de enero de 1977 (ROJ 143)³². En la segunda decisión mencionada, nuestro Alto Tribunal expresamente se apoyó, para llegar a esta conclusión, en el principio de buena fe consagrado en el artículo 1258 Código Civil. Según el tenor de dicha sentencia, el criterio de la buena fe contemplado en el antedicho precepto constituye un medio para precisar las obligaciones emanadas de un contrato, e implica la vinculación a los términos de la publicidad previamente efectuada. La buena fe coadyuva en la determinación del alcance de las prestaciones contractuales y contribuye a que el tráfico jurídico se desenvuelva de acuerdo con unos principios que la conciencia social estima necesarios, aunque no hayan sido establecidos por el legislador, ni por la costumbre, ni por las partes en el contrato³³.

Este mismo razonamiento podría emplearse actualmente en hipótesis ajenas al ámbito objetivo de las normas de Derecho de Consumo, pues, si bien es cierto que la tutela dispensada a los consumidores por nuestro legislador es habitualmente mayor, la ejecución de un contrato donde no intervenga ningún consumidor también debe llevarse a cabo de buena fe, con lealtad y corrección.

El escenario no experimentará excesivas variaciones si finalmente se aprueba la *Propuesta de Modernización*, ya que en ella no se contempla una regla general donde se concrete cómo se incorporan al contenido contractual las afirmaciones de los contratantes. No obstante esta carencia, la información precontractual podrá llegar a ser incluida en el contrato en virtud del proyectado artículo 1243 (y, quizás también, a través del 1279), pues es similar al artículo 1258 del vigente Código³⁴.

Por otra parte, en el artículo 1276 de la *Propuesta de Modernización* se ofrece una norma específica en torno a la heterointegración del contrato con las afirmaciones llevadas a cabo por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción del producto o servicio. Cabe reseñar que, a diferencia de nuestro actual ordenamiento jurídico, en este texto se introduce esta norma sin requerir que la otra parte contratante sea un consumidor. En relación con este precepto, llama la atención que en su segundo párrafo se prevea la posibilidad de insertar en el contenido del contrato, en determinadas circunstancias, también las afirmaciones efectuadas por un tercero (siempre que se encuentre en la misma cadena de producción o comercialización que el profesional contratante)³⁵. Por lo tanto, se procederá a disciplinar un ámbito que ya goza de regulación, el del valor de la publicidad como parte integrante del contenido contractual, si bien se amplía considerablemente su espectro, de tal manera que se evita el recurso a la norma general del previsto artículo 1243 en ciertas hipótesis.

En contraste con lo que acontece en nuestra *Propuesta de Modernización*, en algunos de los textos que mayor influencia han desplegado sobre ella sí podemos encontrar normas generales referidas a la inserción en el contrato de las declaraciones precontractuales de las partes. En estos, una vez más, se evidencia que los deberes de información no restringen su ámbito al *iter* precontractual, sino que penetran en el propio contenido del contrato y se integran en él.

Por ejemplo, en el artículo 6:101(1) PECL, bajo la rúbrica «*Declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales*», se dispone: «Una declaración hecha por alguna de las partes antes o durante la conclusión del contrato, se debe considerar fuente de obligación contractual si la otra parte, lógicamente y de acuerdo con las circunstancias, así la entendió, teniendo en cuenta: (a) La importancia aparente de la declaración para la otra parte. (b) Si la parte formuló la declaración en el marco de una operación de negocios. (c) Y la experiencia profesional de cada una de las partes».

Como puede advertirse, en este precepto se toma en especial consideración la confianza justificada de la otra parte contractual en torno a la vinculación de quien hace las manifestaciones y a la exactitud de las mismas [cfr., asimismo, el artículo II.—9:102(1) DCFR]. Según expone MORALES MORENO, se garantiza el interés positivo del otro contratante en relación con la exactitud de dichas afirmaciones, porque pueda creer que esa es su voluntad, o porque, atendidas las circunstancias, resulte razonable entender que así sea, con independencia de cuál fuera la verdadera voluntad del autor de aquellas³⁶.

El artículo 6:101(2) PECL, por su parte, se halla consagrado a las concretas hipótesis contempladas en el artículo 1276 de nuestra *Propuesta de Modernización* (información y publicidad efectuada por un proveedor profesional de servicios o un tercero relacionado con su comercialización), con un contenido o, al menos, un espíritu parangonable [cfr., asimismo, los apartados (2) a (6) del artículo II.—9:102 DCFR, que contienen una regulación más desarrollada].

En relación con este tema, es relevante también el artículo 6:102 PECL, donde se recogen los criterios de integración de las lagunas contractuales, al establecer que un contrato puede contener, al margen de las cláusulas expresas, otras «implícitas», derivadas de la propia intención de las partes contractuales, la naturaleza y el objeto del contrato y la buena fe (cfr., también, el artículo II.—9:101 DCFR).

Como colofón a todo lo anterior, en el artículo 4:119 PECL se reconoce que quien tenga derecho a ejercitar alguna de las acciones del Capítulo 4 (v.gr., la anulación del contrato por error vicio) «en circunstancias que le den también derecho a aplicar acciones para casos de incumplimiento, puede utilizar cualesquiera de dichos medios». Por consiguiente, se le confiere, de manera terminante, la facultad de escoger la solución que más le interese: la anulación del contrato, con eventual resarcimiento de daños y perjuicios, o bien los remedios frente al incumplimiento contemplados en los Capítulos 7, 8 y 9 (cfr., también, art. II.—7:216 DCFR)³⁷.

En contra de esta tendencia trazada por los PECL y el DCFR, en el artículo 3.2.4 Principios UNIDROIT se cercena injustificadamente la facultad de escoger la acción que el afectado prefiera, al establecer: «*Una parte no puede anular el contrato a causa de error si los hechos en los que basa su pretensión le otorgan o le podrían haber otorgado remedios por incumplimiento*». Tal restricción se nos antoja arbitraria, y no alcanzamos a comprender el fundamento que de ella se propone en sus comentarios, cuando se concluye: «En caso de conflicto debe preferirse la segunda opción, puesto que ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad»³⁸.

Si lo que se anhela es alcanzar un resultado tuitivo para el perjudicado, la mejor opción consistiría, a nuestro juicio, en reconocerle un ámbito propio de decisión, de tal modo que se encuentre en su mano valorar y decidir cuál de los remedios legalmente proporcionados es el más apropiado para sus concretos intereses. Por otra parte, con carácter general, nuestro Alto Tribunal ha considerado reiteradamente que puede haber un concurso alternativo de acciones. Por consiguiente, aunque la concurrencia de remedios albergada tanto en los PECL como en el DCFR pueda lograrse con apoyo en los todavía vigentes términos de nuestro Código Civil, así como en los previstos en la *Propuesta de Modernización*, entendemos que conviene plasmar en esta de modo explícito tal circunstancia, en aras a lograr una mayor claridad y a erradicar cualquier incertidumbre sobre esta posibilidad³⁹.

Sorprende, como atinadamente evidencia FENOY, que en el texto proyectado en nuestro país no se brinde una respuesta expresa, ya que esta cuestión ha sido no solo objeto de profuso análisis por nuestra doctrina, sino también abordada en los instrumentos internacionales que le han servido de inspiración (si bien con criterios dispares, como hemos podido comprobar). En cualquier caso, si la *Propuesta de Modernización* se aprobase en los términos programados, la situación apenas sufriría variaciones en relación con el todavía vigente ordenamiento jurídico, donde, dados los textos del Código civil y del TRLGDCU, «parece predominar la solución adoptada por los PECL». Por consiguiente, el legitimado gozaría de la facultad de escoger entre los remedios precontractuales —anulación, *culpa in contrahendo*— y los contractuales por incumplimiento. En su opinión, no es previsible que la *Propuesta de Modernización* vaya a ser objeto de una exégesis más apegada al restrictivo criterio plasmado en los Principios UNIDROIT⁴⁰.

4. EL CONTRATO CELEBRADO ES VÁLIDO

A. *Indemnización de daños y perjuicios*

Cuando el legitimado para anular el contrato no quiere o no puede exigir la invalidación del mismo (v.gr., por no haber resultado suficiente el error o el

dolo para admitir su anulación), en nuestra opinión, debe también otorgársele la facultad de acudir a los remedios resarcitorios. En caso contrario, el escenario resultaría poco razonable, ya que su situación sería considerablemente negativa: o exige la anulación del contrato (si se encuentra legitimado para ello), o la infracción del deber precontractual de información carece de cualquier trascendencia. Afortunadamente, la compatibilidad de remedios se desprende de la ya referida STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007, 529) —de la que fue ponente el Profesor O'CALLAGHAN—, cuando se reconoce la posibilidad de exigir una indemnización sin que resulte imprescindible instar, además, la nulidad del contrato.

Esta misma idea, que parece haber calado en nuestro ordenamiento por vía jurisprudencial, resulta consagrada en el artículo 4:117(2) PECL, cuando establece: «*La parte que teniendo derecho para anular un contrato conforme a este capítulo, no lo ejerce o lo ha perdido en virtud de las disposiciones de los artículos 4:113 o 4:114 [por transcurso del plazo de anulación o por confirmación], puede reclamar una indemnización por daños y perjuicios como señala el apartado (1), limitada a las pérdidas sufridas como consecuencia del error, dolo, intimidación, beneficio excesivo o ventaja injusta. Los mismos criterios se aplicarán para el cálculo de los daños cuando la parte hubiera actuado erróneamente en función de una información incorrecta en el sentido del artículo 4:106 [información incorrecta, pero que no provoca error esencial que permita anular; vid. también dicho artículo 4:106]*».

Asimismo, en el artículo II.—7:214(1) DCFR —al que nos referimos con anterioridad—, también se admite la reclamación del resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del error y dolo, siempre que la otra parte conociese o podría razonablemente esperarse que conociera la causa de nulidad, «*whether or not the contract is avoided*», esto es, con independencia de si se anula o no. Por otra parte, en el artículo II.—7:204 DCFR se confiere el derecho a una indemnización por los perjuicios irrogados debido a la confianza suscitada por una información incorrecta, aunque no se goce de la facultad de anular el contrato.

En estas hipótesis, la otra parte habrá de satisfacer una indemnización, que, como apunta PANTALEÓN⁴¹, normalmente coincidirá con la diferencia entre el valor de la prestación contractual que ejecutó el perjudicado a favor del infractor del deber precontractual de información y el valor de la prestación recibida de este. No obstante —prosigue este autor—, el resarcimiento podrá resultar más elevado cuando de la celebración del contrato se derivasen ulteriores perjuicios para el afectado, y también habrá de tomarse en consideración su eventual culpa concurrente tanto en la generación como en la mitigación del daño, pues ella podría propiciar una rebaja en la indemnización. En relación con la última cuestión, el mismo autor evidencia que esta solución se vislumbra en las remisiones finales contenidas en los artículos 4:117(3) PECL y II.—7:214(3) DCFR (se corrobora en los comentarios a estos últimos preceptos)⁴².

Por último, PANTALEÓN pone atinadamente de relieve que es preciso evitar que quien padeció la infracción del deber de información logre, a través de la indemnización del interés negativo, repercutir al infractor un perjuicio no imputable a su conducta: v.gr., una disminución sobrevenida del valor de la prestación de quien infringió el deber precontractual fundada, única y exclusivamente, en alteraciones del mercado. Esta restricción se halla entre los designios de lo preceptuado en el artículo II.—7:214(2) DCFR, cuando se dispone: «*The damages recoverable are such as to place the aggrieved party as nearly as possible in the position in which that party would have been if the contract had not been concluded, with the further limitation that, if the party does not avoid the contract, the damages are not to exceed the loss caused by the mistake, fraud, coercion, threats or unfair exploitation*». Así lo confirman, por otra parte, los comentarios a este precepto⁴³. Una precisión parangonable se contiene también, como vimos con anterioridad, en el artículo 4:117(2) PECL⁴⁴.

Menos evidente aparece la respuesta a esta última cuestión en el artículo 3.2.16 de los Principios UNIDROIT, ya que, aunque en él también se otorga la facultad de exigir una indemnización con independencia de que el contrato sea o no anulado, se concreta que su cuantía será la necesaria para colocar al perjudicado «*en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado el contrato*». Esta mención resulta demasiado amplia y puede inducir a confusión. En nuestra opinión, resulta más apropiado el criterio explícita y certeramente plasmado en los PECL y en el DCFR, y confirmado en sus anteriormente referidos comentarios, en aras a evitar la repercusión de perjuicios no imputables al transgresor del deber de información.

En lugar de favorecer la adopción de las consecuencias indemnizatorias que colocan al perjudicado en la situación en la que estaría si no se hubiese celebrado el contrato, resulta más apropiada —como también sostiene ASUA⁴⁵— la solución resarcitoria que lo ubica en la posición de la que gozaría si no se hubiera infringido la obligación de información. Pero, en estas hipótesis, ¿qué denominación merecen los conceptos resarcidos: interés negativo o interés positivo?

Dados los términos en los que se expresan los aludidos textos internacionales, resulta lógico entender que no se trata del interés del cumplimiento o positivo. Sin embargo, su incardinación en el concepto de interés negativo tampoco se halla exenta de incertidumbres, pues no parece que quepa entenderlo aquí como sinónimo del interés de la confianza propio de los supuestos de interrupción arbitraria de las negociaciones. Por este motivo, PANTALEÓN⁴⁶ propone la configuración de esta indemnización como el resarcimiento del interés positivo dentro del interés de la confianza, o *reliance interest* en su variante de interés contractual positivo, que ha de constituir un concepto también diverso del *expectation interest* o interés en el cumplimiento. Pese a adherirse a este razonamiento, y entender que en este concepto más amplio del interés de la confianza se englobaría también la colocación del perjudicado en la situación

que habría tenido si hubiera contratado en mejores condiciones, ASUA advierte de lo confusa que puede resultar la nomenclatura propuesta.

Por este motivo, entendemos que es oportuno ofrecer un esquema del sistema dibujado por PANTALEÓN, donde podríamos escindir los siguientes conceptos:

- *Expectation interest* o interés en el cumplimiento, cuya cuantía será el resultado de restar al valor esperado, es decir, el que la prestación habría tenido si su utilidad para el acreedor se hubiese correspondido con las expectativas que en él generó el incumplimiento del deber precontractual de información, su valor real. O, alternativamente, el coste que supone para el acreedor hacer realidad las expectativas de utilidad de la prestación que tal infracción le generaron.
- *Reliance interest* o interés de la confianza en su versión de «interés contractual negativo». En este caso, la cuantía de la indemnización se calcularía con una resta sencilla: el precio verdaderamente pagado por el acreedor perjudicado por la transgresión del deber precontractual de información menos el valor real de la prestación.
- *Reliance interest* o interés de la confianza en su variante de «interés contractual positivo». La medida del resarcimiento la hallaríamos con otra resta: el precio realmente pagado menos el precio que habría satisfecho el acreedor y aceptado el deudor si el primero hubiera conocido la realidad de las cosas al contratar. De todo lo hasta ahora expuesto, se infiere que esta es la medida en la que habrá de ser indemnizado quien sufrió el perjuicio por la ausencia o por la incorrección de la información, cuando no quiere o no puede invalidar el contrato. No obstante, como evidencia ASUA, la carga de la prueba de las eventuales mejores condiciones contractuales de las que habría disfrutado si se hubiera respetado el deber precontractual de información recae sobre el perjudicado, y constituye una ardua tarea. Especialmente compleja, a nuestro modo de ver. Según expone esta autora, si no logran acreditarse estos extremos, la medida de la indemnización habría de ser la del interés negativo. En cualquier caso, concluye ASUA, se trataría propiamente de una indemnización y no de una adaptación del contrato.

B. Adaptación del contrato

En el artículo 1298.4 de la *Propuesta de Modernización* se da carta de naturaleza a una figura presente en los textos internacionales, inspirada por el principio del *favor negotii*, y destinada a facilitar la pervivencia del contrato susceptible de anulación por error de vicio, al disponer: «*Tampoco podrá anularse el contrato cuando la otra parte contratante, tras ser informada del error,*

comunique sin dilación su voluntad de ejecutarlo en los términos pretendidos por la parte que lo ha sufrido».

Esta institución ha recibido el nombre de «adaptación del contrato», y se contempla, por ejemplo, en el artículo 4:105 PECL⁴⁷ y en el similar artículo II.—7:203 DCFR. No obstante, en el texto proyectado en nuestro país únicamente se acoge la hipótesis en la que uno de los contratantes ha incurrido en error y el otro, inmediatamente después de conocer tal circunstancia, evita su eventual anulación mediante una decisión unilateral de ajuste del contenido negocial a los términos que erradamente había asumido quien padeció aquel vicio. Así pues, se deja en manos de quien no sufrió el error la decisión referida a la adaptación del contrato.

En los comentarios a los dos instrumentos internacionales mencionados se aclara, por otra parte, que el caso más obvio de aplicación de esta norma se presenta cuando alguien tiene derecho a anular el contrato por existir un error en la comunicación, si la parte no equivocada no conocía en qué consistía el error. En estos supuestos, si propone la adaptación del contrato de acuerdo con el contenido pretendido por el contratante que sufrió el error, este no se hallará facultado para anular el contrato. Este mecanismo resultará aplicable en los supuestos de error de hecho o de Derecho⁴⁸.

Sin embargo, en la reforma prevista de nuestro texto legal no se alberga la norma adoptada, respectivamente, en los últimos apartados de los referidos preceptos de los PECL y del DCFR, donde se confiere a ambas partes contractuales la facultad de reclamar al juzgador la adaptación del contrato, siempre y cuando los dos hubieran cometido el mismo error. Como consecuencia de tal solicitud, el contrato no resultará anulado, sino que se le concederá el sentido que razonablemente habrían pactado las partes si no hubiera concurrido el error. Esta previsión normativa, contemplada para el caso del doble error, se encuentra también cimentada en el principio del *favor negotii*, y brinda un relevante ámbito de decisión a las partes en torno al mantenimiento del contrato, si bien se delega en la autoridad judicial la compleja labor de integración de su contenido a través de la insegura actividad de decisión sobre lo que las partes «*en buena lógica, habrían acordado*». A pesar de ello, como evidencian los comentaristas de estos instrumentos, la adaptación no siempre representa la solución más adecuada, pues, en ocasiones, las partes no habrían celebrado el negocio si no hubieran padecido el error. Como consecuencia de ello, el contrato podrá resultar anulado.

Esta clase de remedio, que sortea la anulación del contrato y propicia la alteración de su contenido, nos parece atinada, al menos como alternativa a la invalidez contractual, pese a que en alguno de los escenarios previstos se halle impregnada de una nada desdeñable falta de certidumbre. Incluso, aunque sean más exhaustivos que nuestra *Propuesta de Modernización*, podría pensarse que los PECL pecan de incompletos en esta materia, al omitir cualquier referencia a la posible concesión, en determinadas condiciones, de la facultad de exigir la adaptación del contrato únicamente a quien padeció el error.

Asumimos la posición de PANTALEÓN, cuando sostiene que parece conveniente reconocer a quien contrató inducido por dolo o por error esencial generado como resultado de la infracción por la otra parte del deber precontractual de información, no solo la facultad de anular dicho contrato, sino también la de solicitar una adaptación del contrato parangonable a la configurada en los antedichos textos internacionales cuando el error es común a ambas partes⁴⁹. Ante las dificultades inherentes a la valoración del daño irrogado por haber contratado condicionado por el incumplimiento del deber de información, resultaría interesante la opción de poder trasladar al juzgador la labor de configuración del contenido contractual, para que trate de diseñar la relación negocial que hipotéticamente habría debido surgir si no se hubiese infringido este deber precontractual.

Tal y como acertadamente pone de relieve BASOZABAL⁵⁰, esta peculiar medida tuitiva para quien ha sufrido la infracción de dicho deber ya ha encontrado acomodo en nuestro Derecho de Consumo, pues en el artículo 65 TRLGDCU se establece: «*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*». Por consiguiente, no se trata un remedio absolutamente desconocido para nuestro legislador.

En realidad, en el propio texto de la *Propuesta de Modernización* podemos hallar un supuesto donde se reconoce al perjudicado, de manera palmaria, la facultad de exigir la adaptación del contrato. En este sentido, en su artículo 1301 se regulan los contratos que proporcionan un provecho excesivo o una ventaja desleal a una de las partes, que se aprovecha injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas, de necesidad apremiante, de la ignorancia, de la inexperiencia o falta de previsión del otro contratante (contratos leoninos). En estos casos, según el texto programado, la parte desfavorecida puede solicitar al juzgador que lleve a cabo las alteraciones precisas en el contrato «*para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico*».

Esta norma tiene su origen en el artículo 4:109(2) PECL, donde se permite al damnificado pedir a la autoridad judicial que proceda a «*adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual*». Los comentaristas de este último precepto ponen de relieve que no siempre la anulación de un contrato excesivamente ventajoso resulta adecuada, y, por este motivo, parece más oportuno admitir la posibilidad de la adaptación de sus términos. De este modo, a instancia de la parte que ha sufrido el menoscabo, el juez podrá reemplazar las cláusulas que estime abusivas por otras que sean justas, siempre y cuando resulte una medida de tutela adecuada en las concretas circunstancias que se presenten en el caso juzgado⁵¹. En términos parangonables, también podemos aludir al artículo II.—7:207(2) DCFR.

En la hipótesis por nosotros escrutada en este epígrafe, no nos hallamos frente a un contrato leonino, sino ante la celebración de un negocio jurídico donde uno de los contratantes padece el error como consecuencia de la infracción del deber precontractual de información imputable a la otra parte. En el artículo II.-3:109(2) DCFR se contiene un mecanismo de adaptación para un supuesto concreto, cuyo origen no se halla en los PECL: cuando un empresario haya omitido (o cumplido incorrectamente) el deber de información precontractual al que se encuentra obligado en virtud de los artículos que preceden a esta norma, tendrá todas las obligaciones contractuales que la otra parte haya razonablemente esperado que tuviera («...*the business has such obligations under the contract as the other party has reasonably expected as a consequence of the absence or incorrectness of the information*»).

De acuerdo con la explicación formulada por sus comentaristas, en este precepto se refleja la idea general de que la información disponible en el contexto precontractual puede incidir en la sustancia de un contrato. Si un contrato se ha celebrado, el hecho de no haber proporcionado la información precontractual exigida puede afectar al tenor de las obligaciones asumidas en virtud de tal negocio jurídico, y dar lugar, por consiguiente, a un incumplimiento contractual⁵².

A nuestro modo de ver, esta norma no debería restringir su ámbito subjetivo únicamente a la omisión del deber precontractual de información por parte del empresario. No obstante, los jueces habrían de operar con rigor y ser muy cuidadosos en la aplicación de una norma de este calado, pues puede dar lugar a enormes incertidumbres e, incluso, a abusos por parte del perjudicado por la falta de información.

Discrepa PANTALEÓN de la regulación ofrecida en el artículo II.-3:109(2) DCFR, al menos en la contratación entre empresarios, pues de él parece inferirse que toda expectativa razonable generada en la otra parte sobre los futuros deberes contractuales del empresario infractor del deber de información, incluso por la mera omisión de información debida, habrá de entenderse incorporada al contenido contractual. Por este motivo, hemos puesto de relieve que la labor de adaptación o de integración efectuada por la autoridad judicial ha de llevarse a cabo con enorme prudencia y con un escrupuloso análisis de las precisas circunstancias que envuelven cada caso juzgado. También manifiesta su desacuerdo con el último inciso del artículo II.-3:109(3) DCFR, que impide el juego del remedio de la responsabilidad precontractual en las hipótesis en las que el párrafo anterior brinda el recurso al incumplimiento de una obligación contractual⁵³.

En principio, según expone MORALES MORENO, nuestro vigente Código Civil no admite expresamente que quien padeció el vicio exija la adaptación del contrato, salvo que se entienda como una indemnización *in natura*; según este autor, en cambio, nada excluye que el otro contratante evite la anulación del contrato y logre la mencionada adaptación a través del artículo 7 del Código Civil⁵⁴. Estimamos que esta última precisión, no obstante, únicamente favorece

al infractor del deber de información, y no amplía las posibilidades de actuación del perjudicado por dicha omisión. Asimismo, en nuestra opinión, acudir al mecanismo indemnizatorio para alcanzar la posibilidad de adaptar el contenido contractual quizás represente una forzada desfiguración de aquel⁵⁵.

Es cierto que en otras esferas ajenas por completo al ámbito contractual que ahora nos concierne, como la de la acción de cesación de las inmisiones, nuestra jurisprudencia ha acudido con frecuencia al expediente de la responsabilidad para dar entrada en nuestro ordenamiento a soluciones no previstas en él de modo explícito. Sin embargo, no parece que sea esa la vía más recomendable (tampoco en el caso de la aludida acción de cesación), ya que el instituto de la responsabilidad se encuentra destinado a lograr un resarcimiento, y no la alteración de los términos de un contrato, pues se trata de una acción indemnizatoria.

A nuestro juicio, debería otorgarse al perjudicado la facultad de instar la adaptación del contrato con carácter general, y no solo en el marco del Derecho de Consumo o en el de los contratos leoninos. No conviene olvidar que el escenario al que nos enfrentamos obedece a una infracción del deber de información imputable a la otra parte, y que el ordenamiento ha de abrazar entre sus designios la tutela del damnificado. Si, como consecuencia del incumplimiento del antedicho deber precontractual, admitimos que el afectado exija la anulación del contrato y, según nuestra opinión, una indemnización, o bien simplemente el resarcimiento de daños, no alcanzamos a comprender las razones que pueden impedir conferirle la facultad de solicitar la adaptación del contenido contractual. Quizás pueda alcanzarse tal logro a través del recurso a la genérica previsión normativa del artículo 1243 de la *Propuesta de Modernización*, que ampara la integración del contrato a través de la buena fe (en términos similares a los ofrecidos por el vigente artículo 1258 CC). Evidentemente, la configuración del contenido contractual en estos supuestos habría de recaer también en la autoridad judicial.

Por otra parte, aunque constituyan supuestos diferentes, hemos visto que tanto en los referidos instrumentos internacionales como en la *Propuesta de Modernización* (y en nuestro vigente ordenamiento) se contempla una suerte de «adaptación» del contrato, al dotar de relevancia negocial a las manifestaciones efectuadas en la fase precontractual, que pueden dar lugar, incluso, a la resolución del contrato por incumplimiento (cfr. los ya analizados artículos 61.2 TRLGDCU, 1258 del vigente CC, 1243 y 1276 *Propuesta de Modernización*, 6:101 y 6:102 PECL, II.—9:101 y II.—9:102 DCFR).

No obstante todo lo anterior, consideramos conveniente que se introduzca un precepto en la *Propuesta de Modernización*, donde se contemple la explícita concesión de la facultad de exigir la adaptación del contrato al perjudicado por la infracción del deber de información. De este modo, se erradicaría cualquier incertidumbre sobre el particular, y se restringiría el arbitrio del juzgador, en quien recaería la fundamental labor de conformación de los términos del con-

trato, pero no la decisión sobre si nuestro Derecho admite o no la adaptación del contrato.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A nuestro modo de ver, dada la indefinición en la que se halla sumido el texto de la *Propuesta de Modernización*, cabría defender el vigor de muchas de las reflexiones plasmadas a lo largo de las anteriores páginas si finalmente este texto resulta aprobado. No obstante, la actitud silente del legislador en relación con estos aspectos evidencia el carácter insuficiente e inacabado del proyecto de reforma. Asimismo, entendemos que el texto habría de perfilar los conceptos indemnizables por la transgresión de cada una de las posibles (o, al menos, de las más importantes) manifestaciones de la buena fe *in contrahendo*. Abandonar su concreción a la siempre contingente labor jurisprudencial representa un evidente e indeseable riesgo para la seguridad jurídica.

Esta descuidada conducta de los redactores de la norma proyectada carece de justificación, pues se trata de materias de capital relevancia práctica, en torno a las cuales se ha disertado abundantemente en el seno de nuestra doctrina y jurisprudencia.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

1. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN

Una vez admitido que la fase preliminar puede dar lugar al deber de indemnizar al otro partícipe en dichas negociaciones, otra cuestión controvertida en torno a esta suerte de responsabilidad, desde una perspectiva doctrinal, ha sido la referida a su naturaleza jurídica. Esta polémica, en principio, dista de representar una disquisición meramente teórica, ya que la incidencia práctica de la calificación que se confiera a esta responsabilidad parece gozar de relevancia⁵⁶.

En este sentido, si se califica esta responsabilidad como contractual, regirá la presunción *iuris tantum* de culpabilidad del deudor consagrada en el artículo 1183 del Código Civil, mientras que dicha culpabilidad, en principio, habría de ser probada si entendiéramos que constituye un ejemplo de responsabilidad extracontractual. No obstante, esta divergencia es hoy únicamente teórica, dada la inversión de la carga de la prueba de la culpa en el marco de la responsabilidad aquiliana operada, en la práctica, por nuestra jurisprudencia.

Según explica MEDINA ALCOZ, si calificáramos la responsabilidad precontractual como aquiliana, se exigiría una actuación dolosa o culposa, por ejemplo, en

la parte que rompe sorpresiva y arbitrariamente las negociaciones (*ex* artículo 1902 CC). Sin embargo, su calificación como contractual «significaría que la fuente de la responsabilidad se hallaría en el incumplimiento de un deber que, en el caso descrito, no es sino el deber general de actuar conforme a la buena fe»⁵⁷.

Asimismo, en la responsabilidad contractual hay que deslindar los supuestos de incumplimiento culpable de los que tienen su origen en una conducta deliberada o dolosa, en relación con la indemnización exigible, dados los términos en los que se expresa el artículo 1107 de nuestro vigente Código. En este precepto se atiende a la previsibilidad de los daños cuando el incumplimiento es meramente culposo, mientras que cuando este resulta doloso, habrán de ser resarcidos todos los daños conocidos, y no solo los previsibles. Tal divergencia no se contempla en el marco de la responsabilidad extracontractual, donde deben indemnizarse todos los daños irrogados, al margen de si la conducta del responsable merece ser calificada como culposa o como dolosa⁵⁸.

Por otra parte, hemos de recordar la enorme diferencia existente entre ambos tipos de responsabilidad en materia de plazos de prescripción: mientras que en el artículo 1968.2.º del Código Civil se establece un exiguo plazo de prescripción de un año en relación con la responsabilidad aquiliana, en el artículo 1964 del mismo cuerpo legal se dispone un desmedido plazo de quince años en las acciones personales que no tengan señalado uno especial en la ley.

Esta relevante cuestión ha sido intensamente debatida durante décadas tanto en nuestra doctrina patria como en la extranjera, y las posturas de los diversos autores difieren sustancialmente.

2. BREVE ALUSIÓN A LAS PRINCIPALES POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

Un importante sector doctrinal, cada vez más numeroso, confiere a la responsabilidad *in contrahendo* naturaleza contractual. El origen de esta tendencia podemos ubicarlo en la pandectística de la segunda mitad del siglo XIX y, primordialmente, en la construcción de la *culpa in contrahendo* confeccionada por el maestro JHERING⁵⁹, cuyos cimientos se identifican en ciertos textos romanos (v.gr., D. 18,1,62,1; Inst. 3,23,5; D. 11,7,8,1; D. 18,4,8 y 9). Esta postura ha gozado tradicionalmente de una gran acogida en el seno de la doctrina y jurisprudencia alemanas; a ello ayudó el hecho de que el BGB, a diferencia de nuestro Código Civil, no contiene una cláusula general acerca del ilícito civil (simplemente recoge algunas hipótesis concretas de actos ilícitos que conllevan la obligación de reparar; v.gr., §§ 823 y 826). Sin embargo, su influencia se ha extendido a otros países (v.gr., Francia, Italia⁶⁰ y España⁶¹).

Tradicionalmente más extendida en la doctrina ha sido la configuración de la responsabilidad *in contrahendo* como responsabilidad aquiliana, dado que los tratos no vinculan a quienes en ellos participan y no existe todavía contrato

estipulado⁶². A pesar de ello, quien haya vulnerado el principio de la buena fe objetiva durante la fase preliminar, habrá de resarcir los daños que su comportamiento haya irrogado al perjudicado. Según este sector doctrinal, la conducta de quien lesiona los intereses de la otra parte en esta etapa de negociaciones es contraria a la buena fe y quebranta el principio general *alterum non laedere*. Así pues, estos autores estiman que el germen de esta responsabilidad se halla en un hecho ilícito que se ha verificado en el transcurso de la fase de formación del contrato⁶³.

También hemos de llamar la atención sobre ciertos intentos doctrinales de emancipación de la responsabilidad *in contrahendo*, de tal modo que se excluiría su inserción en cualquiera de los polos de la arraigada dicotomía constituida por la responsabilidad contractual y la aquiliana⁶⁴. Representaría, por consiguiente, un *tertium genus* de responsabilidad, pues el hecho de no haberse concluido todavía el contrato debería excluir su naturaleza contractual, si bien tampoco encajaría en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que quienes participan en las negociaciones ya no son completamente extraños entre sí. La obligación de indemnizar se asentaría en el hecho de haber cometido un acto ilícito extracontractual, si bien por razón del contrato proyectado.

Desde un punto de vista jurisprudencial, hemos de poner de relieve que nuestros Tribunales no han arrojado demasiada luz en relación con la espinosa y controvertida cuestión de la naturaleza jurídica de la responsabilidad *in contrahendo*, si bien es cierto que cabe advertir una tendencia preponderante a su consideración como extracontractual, con carácter general. Una clara manifestación de esta última preferencia podemos encontrarla en la STS de 16 de mayo de 1988 (RJ 4308), donde se afirma que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, pues no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*⁶⁵. Resulta interesante la argumentación expuesta, en apoyo de esta postura, en la STS de 16 de diciembre de 1999 (RJ 8978): «A lo que hay que añadir que dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de dicha tesis jurisprudencial o a través de la teoría del abuso del derecho, como determina cierta doctrina española. Pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente a la entrada en juego del artículo 1902 del Código Civil».

Sin embargo, en la STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 4001) se consideró que la responsabilidad por la anulación de un contrato por dolo *in contrahendo*, al haber incumplido el deber precontractual de información (se ocultó que parte del terreno vendido estaba integrado en un monte público según una Orden Ministerial), era de naturaleza contractual. En similares términos, podemos destacar la STS de 5 de mayo de 2009 (RJ 2907), en otra hipótesis de dolo *in contrahendo*, al incumplir el deber de información (no se informó de la imposibilidad de construir una estación de servicio, como consecuencia de no tener la finca adquirida la superficie y condiciones urbanísticas exigidas).

En esta misma línea, en la STS de 30 de junio de 2000 (RJ 6747) se atribuye naturaleza contractual a la omisión del deber precontractual de información, y se estima que hay dolo incidental «al ocultar deliberadamente la denegación de la referida licencia de apertura, y ofrecer a la parte compradora unas garantías y seguridades que, al ser inexistentes, maliciosamente resultaron sustraídas»; no obstante, hemos de aclarar que en esta decisión jurisprudencial se estima que tal omisión constituye un incumplimiento contractual.

Finalmente, en la STS de 15 de octubre de 2011 (RJ 7400), sin decantarse por ninguna de las tesis propuestas, se ofrece una exposición de las posturas jurisprudenciales en relación con esta materia:

«Por ello, cuando el participante en los tratos preliminares (...) los abandona o les pone fin con infracción de la buena fe, al haber creado en la otra parte una razonable confianza en la celebración del contrato, incurre en responsabilidad por el daño producido en adecuada relación de causalidad (...). Esa responsabilidad se lleva por algunos —entre ellos, la recurrente— al ámbito contractual y por otros al extracontractual o al de un «tertium genus», como consecuencia de la extensión del deber de buena fe a los momentos preparatorios de la celebración de los contratos. La sentencia de 16 de mayo de 1988 destacó que «[...] una *culpa in contrahendo* [...] al faltar aquella relación contractual, se nos ofrece como *aquiliana* [...]».

Tampoco cabe inferir una solución unívoca de la jurisprudencia comunitaria, donde podemos hallar, por un lado, decisiones que enmarcan la responsabilidad precontractual en el seno de la *aquiliana* [v.gr., STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* y *Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*], y, por otro, sentencias que sostienen su cariz contractual [v.gr., STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*]; no obstante, los hechos juzgados eran sustancialmente diferentes⁶⁶.

3. CONSIDERACIONES PERSONALES

A nuestro juicio, el problema con el que indefectiblemente habremos de colisionar al pretender adscribir la responsabilidad precontractual a alguna de las dos modalidades de responsabilidad contempladas en nuestro ordenamiento jurídico —la contractual y la *aquiliana*— reside en la heterogeneidad de hipótesis contenidas en aquella⁶⁷. Dada la disimilitud predicable de los múltiples supuestos que originan la responsabilidad *in contrahendo*, entendemos que no conviene configurar su naturaleza jurídica con carácter homogéneo e invariable.

En tal sentido, parece acertada la perspectiva brindada por CABANILLAS⁶⁸, cuando asevera: «Los hechos susceptibles de ser recogidos bajo esa unitaria denominación presentan unos perfiles profundamente heterogéneos que difi-

cilmente hacen posible un tratamiento uniforme. Por ello la mejor manera de solventar la cuestión planteada es decidir, en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo*, cuál es la modalidad que mejor se le adapta». A nuestro modo de ver, la responsabilidad por la ruptura injustificada de los tratos preliminares no debería ubicarse en el mismo plano, por ejemplo, que la existencia de dolo o de un error imputable a la otra parte en un contrato que sí se ha celebrado⁶⁹. Los remedios jurídicos difieren en sendas hipótesis, como hemos tenido ocasión de exponer.

La controversia referida a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual se ha desarrollado durante décadas no solo en nuestra doctrina, sino también, especialmente, entre los autores de nuestro entorno geográfico y cultural. Tal circunstancia podría hacernos albergar la esperanza de hallar, al fin, una respuesta por parte de nuestro legislador en la *Propuesta de Modernización*, con independencia de cuál fuera el tenor de la misma. La riqueza y el desenvolvimiento que ha alcanzado el debate desde el punto de vista doctrinal, más que jurisprudencial, permiten defender que en la próxima reforma de nuestro Derecho de Obligaciones y Contratos ha de abordarse forzosamente esta cuestión para ofrecer una solución definitiva.

Sin embargo, parece que el legislador no muestra el arrojo necesario en torno a esta materia, pues en el texto proyectado se omite cualquier referencia sobre el particular, de tal modo que, en definitiva, el escenario no diferirá en gran medida del incierto panorama en el que actualmente nos conducimos. Como consecuencia de ello, seguiremos sin gozar de criterios seguros sobre puntos de enorme trascendencia: cuál es el criterio de imputación, cuándo prescribe la acción para reclamar por responsabilidad *in contrahendo*, etc⁷⁰. Supondrá, sin ningún género de duda, la pérdida de una excelente ocasión para dibujar los imprecisos contornos de una responsabilidad cuya relevancia, lejos de haber disminuido, se ha visto intensificada desde la promulgación de nuestro Código Civil, si bien algunos autores no consideran que constituya una cuestión «acuciante»⁷¹.

Hemos de advertir que nuestro legislador no se separa en este punto de los textos internacionales inspiradores del proyecto de reforma del Libro IV de nuestro Código, ya que en ellos tampoco podemos encontrar soluciones expresas en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad *in contrahendo*.

El hecho de regularse la responsabilidad precontractual en estos instrumentos internacionales consagrados al Derecho de Contratos no ha de comportar, ineludiblemente, el carácter contractual de esta suerte de responsabilidad en todas sus hipótesis. Es lógico que se contemple la responsabilidad *in contrahendo* en estos instrumentos, con independencia de su naturaleza jurídica, pues en ellos se regula el proceso formativo del contrato desde sus primeras fases. Por este motivo, entendemos que tal circunstancia no debe resultar decisiva, en aras a conocer la postura de los autores de tales textos. La inclusión de la responsabilidad precontractual en estos obedece a razones de pura lógica y

coherencia jurídica, y posibilita la contemplación prácticamente integral en un mismo cuerpo legal de todo el fenómeno contractual, sin que ello sirva para prejuzgar sobre la materia debatida.

Por otra parte, si bien nos parece criticable el silencio observado en dichos textos en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, nos parecería inaudito que sus autores no hubieran plasmado su posición de manera completamente palmaria y explícita en relación con una materia tan relevante y controvertida durante décadas, y que, a pesar de ello, pudiéramos inferir su tesis sobre la misma a través de una incierta y contingente actividad deductiva⁷². Finalmente, hemos de recordar que otros textos internacionales excluyen el cariz contractual de esta responsabilidad de manera concluyente. En concreto, podemos hacer alusión a los Reglamentos comunitarios conocidos como «Roma I» y «Roma II», que, a diferencia de los instrumentos del *soft law* a los que nos hemos referido, sí resultan vinculantes.

En cualquier caso, no debemos perder de vista la circunstancia a la que aludimos en una nota anterior, se encuentra cada vez más extendida la doctrina que propugna una configuración unitaria de los diferentes regímenes de responsabilidad, donde tendrían cabida exclusivamente ciertas divergencias de matiz en su regulación. Asimismo, tal y como hemos expuesto, los casos que dan lugar a un deber de resarcimiento por conductas *in contrahendo* carecen de la homogeneidad requerida para ofrecer una respuesta uniforme en torno a la naturaleza jurídica de esta suerte de responsabilidad.

III. CONCLUSIONES

I. En la *Propuesta de Modernización* se dispone, con carácter general, que la infracción de la buena fe precontractual «*dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios*». Sin embargo, únicamente se alude a la consistencia de la indemnización en los casos en los que se entablen o interrumpan las negociaciones con mala fe, pues en estas hipótesis «*la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones*». No obstante, no se ofrece ninguna explicación sobre las razones que llevan a precisar el contenido del resarcimiento solo en estos últimos supuestos. Dado que se trata de una materia envuelta en una considerable polémica, el legislador debería ofrecer una solución más elaborada y rigurosa.

II. Aunque la *Propuesta de Modernización* tampoco alude expresamente a las partidas resarcibles cuando exige dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones, entendemos que no solo ha de incluirse el daño emergente, sino también parte del lucro cesante. En concreto, el correspondiente a la pérdida efectiva de oportunidades de celebrar otros contratos; pero nunca el interés contractual positivo. Esta es, por otra parte,

la solución que se infiere de los textos internacionales inspiradores de nuestra reforma. A pesar de ello, nuestro legislador debería recoger esta especificación expresamente, y dar respuesta a numerosos interrogantes que emergen en torno a esta materia.

III. Si se celebra un contrato inválido, la *Propuesta de Modernización* sigue la senda trazada por nuestro todavía vigente Código Civil, y elude pronunciarse sobre una eventual obligación de resarcimiento cuando la causa de nulidad fue conocida, o debía serlo, por una de las partes. Esta actitud resulta de todo punto injustificable, especialmente, si tomamos en consideración las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en esta materia, así como el tenor de los textos internacionales que sirven de cimiento a la reforma proyectada. No obstante lo anterior, entendemos que podrá acudirse al programado artículo 1245, en aras a complementar la invalidez del contrato con la reclamación de una indemnización, pues representan dos remedios perfectamente compatibles, tanto en caso de dolo como cuando nos hallamos ante un error «provocado» o «imputable» a la otra parte.

IV. En determinados ámbitos, como en los contratos bancarios, la jurisprudencia habitualmente se limita a decretar su nulidad por error vicio, sin pronunciarse sobre una complementaria indemnización. Tal circunstancia obedece, principalmente, a una táctica procesal tendente a evitar la condena en costas.

V. Si bien no se recoge ninguna norma general en la *Propuesta de Modernización* sobre la facultad de acudir a los remedios propios del incumplimiento contractual en estas hipótesis, creemos que no existe inconveniente en sostener tal posibilidad. Incluso, en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico. Debería, en cualquier caso, plasmarse en el texto proyectado, y otorgar explícitamente la facultad de elección al afectado para optar por el remedio jurídico que prefiera.

VI. Cuando el perjudicado no ha podido o no ha querido anular el contrato, debe conferírsele la posibilidad de acudir a los remedios resarcitorios, a pesar de la validez del contrato. Así se reconoce tanto en nuestra jurisprudencia como en los instrumentos jurídicos internacionales. La *Propuesta de Modernización* no brinda ninguna respuesta general de manera expresa.

VII. En nuestra opinión, la denominada «adaptación del contrato» resulta una figura atinada como alternativa a la invalidez contractual. De hecho, consideramos conveniente conferir tal facultad a quien contrató inducido por dolo o error imputable a la otra parte. Quizás quepa alcanzar tal logro mediante la heterointegración del contrato a través del principio de la buena fe, si bien resultaría acertada su inclusión en la *Propuesta de Modernización* con carácter general, y no solo para los contratos leoninos.

VIII. Nuestro legislador obvia cualquier referencia a la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual, pese a la relevancia teórica y práctica de tal cuestión. Constituye una materia extremadamente polémica, y sobre la que

se ha disertado abundantemente en el seno de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia, de tal modo que deberíamos esperar un mayor empeño por parte de nuestro legislador sobre este particular, con independencia de cuál fuera su elección de política legislativa.

IX. Un somero análisis jurisprudencial evidencia la ausencia de un criterio uniforme en relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual; incluso, en la jurisprudencia comunitaria. En realidad, el problema con el que ineludiblemente nos enfrentamos en esta materia reside en la clara heterogeneidad de las hipótesis abarcadas en la responsabilidad *in contrahendo*. Por lo tanto, no conviene configurar su naturaleza con carácter unitario. A nuestro juicio, no cabe colocar en el mismo plano la responsabilidad por abandono arbitrario de los tratos y la derivada de la presencia de dolo *causam dans* o de error provocado por la otra parte en un contrato que sí ha llegado a ver la luz. De hecho, los remedios jurídicos difieren en estos supuestos.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

A. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

- STS de 13 de marzo de 1950
- STS de 4 de octubre de 1962
- STS de 8 de junio de 1972
- STS de 25 de mayo de 1974
- STS de 14 de junio de 1976
- STS de 27 de enero de 1977
- STS de 16 de noviembre de 1979
- STS de 26 de enero de 1980
- STS de 26 de octubre de 1981
- STS de 26 de septiembre de 1983
- STS de 21 de septiembre de 1987
- STS de 4 marzo de 1988
- STS de 16 de mayo de 1988
- STS de 7 de noviembre de 1988
- STS de 23 de noviembre de 1988
- STS de 30 de diciembre de 1992
- STS de 19 de julio de 1994
- STS de 26 de octubre de 1995
- STS de 29 de febrero 1996
- STS de 22 de septiembre de 1997
- STS de 9 de marzo de 1998
- STS de 6 de marzo de 1999

- STS de 14 de junio de 1999
- STS de 16 de diciembre de 1999
- STS de 20 de febrero de 2000
- STS de 29 de febrero de 2000
- STS de 30 de marzo de 2000
- STS de 30 de junio de 2000
- STS de 25 de julio de 2000
- STS de 2 de octubre de 2000
- STS de 23 de julio 2001
- STS de 12 de julio de 2002
- STS de 30 de enero de 2003
- STS de 18 de enero de 2007
- STS de 24 de abril de 2009
- STS de 5 de mayo de 2009
- STS de 15 de junio de 2009
- STS de 5 de marzo de 2010
- STS de 15 de octubre de 2011
- STS de 14 de diciembre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 17 de septiembre de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- SAP de Valladolid 9 de noviembre de 1998
- SAP de León de 1 de marzo de 2012

B. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

- STJUE de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99, *Courage Ltd* contra *Bernard Crehan*
- STJUE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, *Rudolf Gabriel*
- STJUE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA* y *Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*

C. JURISPRUDENCIA INGLESA

Caso *Peter Pan Manufacturing Corpág. v Corsets Silhouette Ltd.* [1964] 1 WLR 96

Caso *Martin Walford v Charles Miles* [1992] ADR.L.R. 01/23

Caso *Cobbe v Yeomans Row Management Ltd* [2006] EWCA Civ 1139, [2006] 1 WLR 2964

Caso *Vercoe and others v Rutland Fund Management Ltd. and others* [2010] EWHC 424 (Ch)

Caso *Jones v Ricoh UK Ltd.* [2010] EWHC 1743 (Ch)

D. JURISPRUDENCIA ALEMANA

RG v. 7 de diciembre de 1911 (RGZ 78, 239: *Linoleumrollenfall*)

BIBLIOGRAFÍA:

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002): *Derecho civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, 11ª edic., puesta al día con la colaboración de Fernando Reglero. Barcelona, Librería Bosch.
- ALBERICI, A. (1982): «Il dovere precontrattuale di buona fede». *Rassegna di Diritto Civile*, págs. 1051 y sigs.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971): «La responsabilidad precontractual». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 485, julio-agosto, págs. 859 a 922.
- ARENAS GARCÍA, R. (2008): «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II». *InDret*, 4/2008, octubre de 2008, págs. 1 a 27, disponible en http://www.indret.com/pdf/590_es.pdf
- ASUA GONZÁLEZ, C.I. (1989): «La culpa in contrahendo». Bilbao, Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- BANAKAS, S. (2009): «Liability for Contractual Negotiations in English Law: Looking for the Litmus Test». *InDret*, 1/2009, febrero de 2009, págs. 1 a 21, disponible en http://www.indret.com/pdf/605_en.pdf
- BARBERO, D. (1958): *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, T. I., 5ª ed. Torino, UTET.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2009): «En torno a las obligaciones precontractuales de información». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXII, fasc. II, págs. 647 a 711.
- BENATTI, F. (1963): *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.
- (1987): «Culpa in contrahendo». *Contratto e impresa*, págs. 287 a 312.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987): «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». En: A. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos (págs. 180 a 221).
- BESSONE, M. (1969): *Trattativa, recesso e danno*. Milano, Giuffrè Editore.
- BIANCA, C. M. (2000): *Diritto Civile*, T. III, Il Contratto, 2ª ed. Milano, Giuffrè Editore.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995): «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, mayo-junio, págs. 747 a 788.
- CARRARA, G. (1915): *La formazione dei contratti*. Milano: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi.

- CARRASCO PERERA, Á. (1989): «Comentario al artículo 1101». En: M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV-1º. Madrid: Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/228506>).
- (2005): «Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la Jurisprudencia Española». *Aranzadi Civil*, 21/2005, recurso electrónico BIB 2005\2648, accesible en www.westlawinsignis.es.
- CATAUDELLA, A. (1994): *I contratti*, Parte Generale, ristampa integrata. Torino: Giappichelli Editore.
- CRISCUOLI, G. (1992): *Il Contratto (Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali)*. Padova: Cedam.
- DE ÁNGEL Y AGÜEZ, R. (2010): «Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. II, págs. 575 a 636.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988): *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Parte general, Obligaciones y Contratos, revisado y puesto al día por Manuel de COSSÍO Y MARTÍNEZ, y José LEÓN-CASTRO ALONSO, 1ª edic. Madrid: Ed. Civitas.
- DE CUPIS, A. (1979): *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, 3ª edic. Milano: Giuffrè.
- DE LABARRE, M. (1964): «La formation du contrat. L'avant-contrat». En: *62º Congrès des Notaires de France*. Perpignan (págs. 17 y sigs.).
- DE LA MAZA GAZMURI, Í. (2010): *Los límites del deber precontractual de información*. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- (2010): «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. IV, págs. 1683 a 1723.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2011): «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011 parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011\849, accesible en www.westlawinsignis.es.
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2001): «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas». *Anuario de Derecho Civil*, T. LIV, fasc. I, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/380133>.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L. (2001): «Responsabilidad en los “tratos preparatorios” del contrato». En: R. DE ÁNGEL Y M. YZQUIERDO (coord.), *Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson (págs. 167 a 186).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006): «El dolo in contrahendo». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, recurso electrónico BIB 2006\56, accesible en www.westlawinsignis.es.
- DI GREGORIO, V. (1993): «*Colpa in contrahendo* e interesse negativo (comentario a Cass. 26 maggio 1992, núm. 6294)». *Giurisprudenza civile commentata*, T. I, págs. 351 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1991): «Comentario al artículo 1258». En: L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia (págs. 436 a 438).
- (1996): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. T. I, 5ª edic. Madrid: Ed. Civitas.

- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E. y MORALES MORENO, A. M. (2002): *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*. Madrid: Ed. Civitas.
- ENNECCERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M. (1981): *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. 1º, II, Primera Parte, 15ª revisión por Hans Carl NIPPERDEY, traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, 3ª edic. al cuidado de Alfonso HERNÁNDEZ MORENO y María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, Barcelona: Ed. Bosch.
- FAGGELLA, G. (1906): «Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esata costruzione scientifica». En: *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, T. III. Napoli: Luigi Pierro (págs. 269 y sigs.).
- (1909): «Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali». *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, Terza Serie-Vol. XI, Roma, págs. 128 a 150.
- (1918): «I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale», 2ª ed. Roma: *Stab. Tipóg. Società Cartiere Centrali*.
- FENOY PICÓN, N. (2010): «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación». Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. I, págs. 47 a 136.
- GALGANO, F. (1999): *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, T. I, 3ª edic. Padova: Cedam.
- GARCÍA CANTERO, G. (2010): *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Ed. Reus.
- GÓMEZ POMAR, F. (2007): «El incumplimiento contractual en Derecho español». *In-Dret*, 3/2007, julio de 2007, págs. 1 a 49, disponible en http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1979): «Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe (discurso leído el día 22 de Octubre de 1979, en la sesión inaugural del curso 1979-1980)». Madrid: *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT) (2007): *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2004*. Roma.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013): «Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 738, julio-agosto, págs. 2253 a 2328.
- JORDANO FRAGA, F. (1987): *La responsabilidad contractual*. Madrid: Ed. Civitas.
- LANDO, O. y BEALE, H. (2000): *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, combined and revised, prepared by The Commission of European Contract Law. The Hague/London/Boston: Ed. Kluwer Law International.
- LARIOS MOREU, L. (2012): «Regulación de la formación del contrato: necesidad o conveniencia, factores a valorar y modelos existentes», *Trabajo de investigación presentado para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados*, Programa de Doctorado en Estudios de Derecho Civil, Universidad Complutense. Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980): «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (“En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977”)». *Revista de Derecho Privado*, págs. 50 a 78.
- LUMINOSO, A. (1988): «La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile». *Contratto e impresa*, págs. 792 a 803.

- LUNA SERRANO, A. (2003): «El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos». *Estudios de Deusto*, vol. 51/1, enero-junio, págs. 307 a 316.
- MANZANARES SECADES, A. (1984): «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares». *Anuario de Derecho Civil*, T. XXXVII, fasc. III, págs. 687 a 748.
- MEDINA ALCOZ, M. (2005): «La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual». *Revista de Derecho Privado*, núm. 5-6, mayo-junio, recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829>.
- MENÉNDEZ MATO, J. C. (1998): *La oferta contractual*. Pamplona: Ed. Aranzadi.
- MENGONI, L. (1956): «Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, núm. 1259 y a la decisión del Trib. Roma, 24 gennaio 1955)». *Rivista di Diritto Commerciale*, T. II, págs. 360 a 372.
- MESSINEO, F. (1952): *Doctrina General del Contrato*, T. I, trad. esp. de la 3ª ed. italiana de 1948 por R. O. FONTANARROSA, S. SENTÍS MELENDO y M. VOLTERRA. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1993): «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias». *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, págs. 59 a 78.
- MIRABELLI, G. (1980): «Commentario del Codice Civile», redatto a cura di magistrati e docenti, «Delle obbligazioni. Dei contratti in generale: art. 1321-1469», 3ª ed. Torino: UTET.
- MONATERI, P. G. (1998): *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*. Torino: UTET.
- MORALES MORENO, A. M. (2004): «Comentario a los artículos 1269 y 1270». En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII-1ºB. Madrid: Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/articulos-231160>).
- (2010): *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- (2011): «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo». En: K. J. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), M.^a L. PALAZÓN GARRIDO y M.^a M. MÉNDEZ SERRANO (coord.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*. Barcelona: Atelier (págs. 400 a 422).
- MORENO QUESADA, B. (1963): *La oferta de contrato*. Barcelona: Colección Nereo.
- NASARRE AZNAR, S. (2012): «Marketing y deberes precontractuales». En: A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, M.^a P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Derecho europeo de contratos: Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, vol. 1. Barcelona: Atelier (págs. 183 a 271).
- NATTINI, A. (1910): «Cenni critici sulla così detta responsabilità precontrattuale (nota a Trib. Napoli 31 marzo 1909)». *Il Diritto Commerciale: rivista mensile critica di dottrina, legislazione e giurisprudenza*, vol. I, Serie II. Torino: UTET, págs. 235 a 251.
- NEVONI, R. (1992): «L'art. 1337 cod. civ. e il recesso unilaterale dalla trattativa (commento a Trib. di Cremona 6 giugno 1991)». *Foro padano*, T. I, págs. 456 y sigs.
- OLIVA RODRÍGUEZ, A. M. (1989): «Panorama del Derecho de obligaciones y contratos en Castán Tobeñas». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 594, septiembre-octubre, págs. 1439 a 1470.

- OSTI, G. (1957): Voz «Contratto». En: *Novissimo Digesto Italiano*, T. IV, 3ª ed. Torino: UTET (págs. 462 a 535).
- PACCHIONI, G. (1950): En: C. Grassetti (coord.), *Obbligazioni e contratti: succinto commento al libro quarto del codice civile*. Padova: Ed. Cedam.
- PACIONI, P. (1677): *De Locatione, et Conductione Tractatus*. Romae: Typis et Sumptibus Nicolai Angeli Tinassij.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1984): «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, septiembre-diciembre, págs. 1869 a 1884.
- (2011): «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIV, fasc. III, págs. 897 a 929.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1992): «Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU». En: R. BERCOVITZ y J. SALAS (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Ed. Civitas (págs. 139 a 175).
- (2000): «Jurisprudencia civil comentada: Código civil». En: M. PASQUAU (dir.), K. J. ALBIEZ y A. LÓPEZ (coord.). Granada: Ed. Comares, págs. 2146 a 2154.
- QUINONES ESCÁMEZ, A. (2009): «Buena fe y lealtad contractual». En: Sixto Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho Contractual Comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters (págs. 341 a 404).
- RAVAZZONI, A. (1966): «La formazione del contratto», T. I, Le fasi del procedimento. Milano: Giuffrè.
- ROGEL VIDE, C. (1977): *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*. Madrid: Ed. Civitas.
- ROUSSEAU, J. J. (1762): «Du contract social; ou, Principes du Droit Politique». Ámsterdam: chez Marc Michel Rey.
- SACCO, R. (1982): En: P. Rescigno (dir.), *Trattato di Diritto Privato*, vol. 10, T. 2º. Torino: UTET.
- SALLELLES, R. (1907): «De la responsabilité précontractuelle, à propos d'une nouvelle étude sur la matière». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, VI, págs. 697 a 751.
- SALOMON AUGUSTUS, C. (1681): «De tractatibus (von Handlungs-Vorschlägen, Vulgo Tractaten)». Jenæ: Typis Gollnerianis.
- SCOGNAMIGLIO, R. (1970): «Comentario del artículo 1337». En: A. SCIALOJA y G. BRANCA (dir.), *Commentario del Codice Civile*, Disposizioni Preliminari-Dei Requisiti del Contratto. Bologna-Roma: Zanichelli Editore.
- SONNENBERGER, H. J. (1991): «La conclusione del contratto secondo il Diritto tedesco (con attenzione ai problemi internazionalprivatistici nei rapporti commerciali italo-tedeschi)», con la collaborazione per il testo italiano del Dr. M. Stefani. Padova: Cedam.
- STELLA RICHTER, G. (1996): *La responsabilità precontrattuale*. Torino: UTET.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, editado por Christian VON BAR, Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE, Hugh BEALE, Johnny HERRE, Jérôme HUET, Matthias STORME, Stephen SWANN, Paul VARUL, Anna VENEZIANO, Fryderyk ZOLL.
- TARABAL BOSCH, J. (2011): «Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011 parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011\1647, accesible en www.westlawinsignis.es.

- VALÉS DUQUE, P. (2012): *La responsabilidad precontractual*. Madrid: Ed. Reus.
- VIGURI PEREA, A. (2000): «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares». En: R. HERRERA (coord.), *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III. Almería: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería (págs. 1855 a 1866).
- VON JHERING, R. (1969): «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen». *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts (Jhering-Jahrbücher)*, 4. Band (1861). Berlin-Zürich: Verlag Gehler-Bad Homburg v.d.H., págs. 7 a 91.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988): «De nuevo sobre la buena fe». *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 6, Universidad de Extremadura, Cáceres, págs. 633 a 681.
- (1991): «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana». Razones para una moderada unificación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 603, marzo-abril, págs. 443 a 489.

NOTAS

¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995). «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 628, mayo-junio, págs. 761 a 779.

² Alude, CABANILLAS (*op. cit.*, págs. 774 a 779), a los siguientes supuestos: la víctima del error imputable a la otra parte o del dolo no anula el contrato, limitándose a solicitar la indemnización de daños y perjuicios; la responsabilidad por dolo incidental; la responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador; la responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente; la responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción; la responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos; la responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada; la responsabilidad del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario.

³ BESSONE, M. (1969). *Trattativa, recesso e danno*. Milano: Giuffrè Editore, pág. 6.

⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 279.

⁵ DE LABARRE, M. (1964). La formation du contrat. L'avant-contrat. En: *62º Congrès des Notaires de France*. Perpignan, págs. 24 y 25.

⁶ Entre otros, *vid.* ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, págs. 905 y 906 ; ASUA, *op. cit.*, págs. 288 a 290; GALGANO, *op. cit.*, págs. 552 a 554. En nuestra jurisprudencia, v. gr., STS de 16 de diciembre de 1999 (RJ 8978).

⁷ JHERING, *op. cit.*, págs. 17 a 22.

⁸ Según la exposición de GÓMEZ POMAR, la indemnización del interés contractual negativo cubriría, al menos en teoría: a) Los gastos que el contrato le hubiera ocasionado al perjudicado; b) Las inversiones específicas que este último hubiera realizado confiando en el cumplimiento del contrato (inversión en confianza); y c) El coste de oportunidad de haber celebrado el contrato. Sin duda —prosigue— el último componente será frecuentemente arduo de acreditar, «e incluso la misma noción de coste de oportunidad puede ser difícil de aprehender en la práctica jurisprudencial y de trasladar a cuantías indemnizatorias». Según constata este autor, la jurisprudencia se muestra bastante restrictiva en relación con el reconocimiento de indemnización por esta clase de conceptos. Como consecuencia de ello, realmente, lo que de ordinario se indemnizará como interés contractual negativo será la suma de los gastos e inversiones anteriormente mencionados. No obstante, concluye (*op. cit.*, pág. 24, núm. 36): «Lo anterior no pretende prejuzgar la bondad o no de indemnizar o dejar de indemnizar en los casos de responsabilidad precontractual las ganancias en un contrato alternativo» (si bien

seguidamente parece aproximarse a la postura que rechaza su inclusión en la indemnización). Vid. GÓMEZ POMAR, F. (2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret*, 3/2007, julio de 2007, pág. 24, disponible en http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf.

⁹ PANTALEÓN, Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, págs. 907 y 908.

¹⁰ Vid. los comentarios del INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), *op. cit.*, pág. 61.

¹¹ Según explican Díez-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO (*op. cit.*, pág. 199), la regla de este precepto coincide, «*grosso modo*», con lo que denominamos interés negativo.

¹² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 273. No obstante, en la nota número 20 de este mismo comentario (pág. 277), se indica que en España e Italia «damages are limited to the reliance interest, and do not cover lost opportunities». A pesar de ello, se aclara que en algunas hipótesis se han traspasado estos límites: «In exceptional circumstances, however, the damages awarded have gone beyond the reliance interest».

¹³ En sentido afirmativo se pronuncian, dentro de la doctrina italiana, GALGANO, *op. cit.*, pág. 554; BENATTI (1987). Culpa in contrahendo. *Contratto e impresa*, pág. 307; DI GREGORIO, V. (1993). *Culpa in contrahendo* e interesse negativo (comentario a Cass. 26 maggio 1992, núm. 6294). *Giurisprudenza civile commentata*, T. I, pág. 357. En el seno de nuestra doctrina, CARRASCO (Comentario al art. 1101, cit.) se muestra categórico en la negación de tal posibilidad: «El límite institucional es seguro, sin embargo: nunca se puede conseguir por la vía del interés de confianza más de lo que se pudiera obtener por la vía del interés de cumplimiento». En este mismo sentido, cfr. PANTALEÓN, Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 908. Vid. la exposición efectuada por MANZANARES, *op. cit.*, págs. 738 a 740.

¹⁴ A nuestro modo de ver, dentro del interés negativo cabría tomar en consideración el negocio no concluido por el perjudicado, por confiar en la corrección de los tratos, aunque fuera igual o menos provechoso que el que estaba negociándose. Piénsese, por ejemplo, en unas negociaciones mantenidas por un sujeto con otro, con la única intención de evitar que contrate con un tercero determinado; en esta hipótesis, quien continuó maliciosamente los tratos seguramente ofrecería la posibilidad de celebrar un negocio más lucrativo para la otra parte que el propuesto por el tercero, que realmente sí estaba interesado en contratar. Una vez que el tercero ve cómo su proposición es rechazada, contrata con otro sujeto, y quien negociaba sin seriedad abandona las negociaciones. En este caso, ¿no podrá pedir el perjudicado que se incluya, dentro del interés negativo, una indemnización por la oportunidad de contratar perdida por culpa de la otra parte negociadora, por el solo hecho de que el contrato que rechazó celebrar con el tercero resultaba menos provechoso que aquel cuyas negociaciones se rompieron injustificadamente?

¹⁵ Vid., por ejemplo, VIGURI PEREA, A. (2000). «En pro del estudio de un desconocido: los tratos preliminares». En: R. HERRERA (coord.), *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III. Almería: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, pág. 1864.

¹⁶ Vid., v. gr., Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, *op. cit.*, pág. 280 (en cambio, este autor considera que cuando la responsabilidad precontractual se produce por nulidad del contrato, quien ha violado los deberes de buena fe debe resarcir la pérdida de la ocasión más ventajosa para la otra parte, que concluyó el contrato fundado en la confianza de la validez del mismo). En parecidos términos, vid. MORENO QUESADA, *op. cit.*, pág. 56 y 57; MANZANARES, *op. cit.*, págs. 747 y 748.

¹⁷ PANTALEÓN, Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 921.

¹⁸ MORALES MORENO, ¿Es posible construir...?, *op. cit.*, pág. 416.

¹⁹ MORALES MORENO (2004). Comentario a los artículos 1269 y 1270. En: M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVII-1ºB. Madrid: Edersa (recurso electrónico accesible en <http://vlex.com/vid/articulos-231160>).

²⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2006). «El dolo in contrahendo». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16/2006, recurso electrónico BIB 2006\56, accesible en www.westlawin-signis.es. En cambio, CABANILLAS (*op. cit.*, pág. 770) estima que en estos casos no se debe

excluir la indemnización del interés positivo; cfr., asimismo, MORALES MORENO, «Comentario a los artículos 1269 y 1270», *op. cit.* Sin embargo, en contra de esta posibilidad, PANTALEÓN (Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 921) rechaza la exigibilidad del resarcimiento del interés en el cumplimiento, pese a su raigambre en el Derecho Romano; a su modo de ver, ello solo será posible cuando la falsa representación originada en la otra parte por el engaño haya de estimarse incorporada al contenido del contrato, de tal modo que el infractor doloso del deber precontractual de información haya incurrido en un incumplimiento contractual por falta de conformidad de su prestación con los términos del contrato.

²¹ *Vid.*, por todos, MORALES MORENO, «Comentario a los artículos 1269 y 1270», *op. cit.*; DELGADO ECHEVERRÍA, J., y PARRA LUCÁN, M.^a Á. (2011). «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2010». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 86/2011 parte *Comentario*, recurso electrónico BIB 2011\849, accesible en www.westlawinsignis.es («El que yerra no puede pedir indemnización y quizás tenga que abonarla a la otra parte; la víctima del dolo tiene derecho a indemnización...»).

²² Como señala DEL OLMO (*op. cit.*), además de poder solicitarse la anulación del contrato en caso de error, nuestra doctrina admite el ejercicio de una acción de daños por *culpa in contrahendo* en estos casos en los que una parte es inducida a contratar sobre la base de un error imputable a la negligencia de la otra parte contractual. *Vid.*, entre otros, DE VERDA, *op. cit.*

²³ DELGADO y PARRA, *op. cit.*

²⁴ MORALES MORENO, ¿Es posible construir...?, *op. cit.*, págs. 417 a 419.

²⁵ PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 921.

²⁶ Aunque resulte extraordinariamente sugerente, la opción de solicitar la nulidad absoluta del contrato *ex* artículo 6.3 del Código Civil, por vulneración de normas imperativas por las entidades de crédito, todavía no ha sido desarrollada en nuestra jurisprudencia. No obstante, en la interesantísima SAP de León de 1 de marzo de 2012 (AC 413) se señala que las infracciones de normas imperativas «de por sí generarían la nulidad del contrato», si bien se indica en un *obiter dicta*, y finalmente anula el contrato (de *swap*) por error vicio, que es lo que había solicitado el demandante.

²⁷ DELGADO y PARRA, *op. cit.*

²⁸ MORALES MORENO (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, pág. 90.

²⁹ Podemos hallar normas similares, por ejemplo, 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*. Asimismo, en el artículo 153 del TRLGDCU se preceptúa el carácter vinculante del «programa-oferta» de los viajes combinados (salvo cuando concurren ciertas circunstancias previstas en tal artículo). Hay una norma específica en el artículo 11.2 de la *Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias*, donde explícitamente se dispone que la «información precontractual facilitada al consumidor, debidamente firmada por éste, formará parte integrante del contrato».

³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: A. y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, Ed. Tecnos, pág. 184.

³¹ En esta decisión jurisprudencial se asevera que la propaganda fotográfica y gráfica existente en el supuesto litigioso cumple la función de una oferta vinculante para el vendedor, «sin que afecte al caso, lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder».

³² Aborda el supuesto de un contrato de compraventa de un apartamento, en el que el comprador demandó a la empresa constructora por no haber cumplido con los términos previstos en su publicidad en materia de insonorización e instalación de aire acondicionado. La empresa demandada alegó el carácter no contractual del folleto publicitario para intentar liberarse del

cumplimiento de las condiciones en él expuestas. El Tribunal Supremo, sin embargo, decidió amparar la posición del adquirente del apartamento, ya que consideró que, ante la parquedad en la descripción de los elementos del referido inmueble en el contrato concluido entre las partes, lo lógico era que, para su integración, el consumidor acudiera al folleto publicitario donde aquellos se describían con mayor detalle.

³³ DÍEZ-PICAZO (1991). Comentario al artículo 1258. En: L. DÍEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR y C. PAZ-ARES (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, pág. 437. Según PASQUAU el artículo 1258 del Código Civil provoca que la fuerza vinculante de un contrato se extienda más allá de su propio ámbito, de tal modo que el recurso a dicho precepto ha de efectuarse de modo calculado y con gran cautela [PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia civil comentada: Código Civil*. En: M. PASQUAU (dir.), K. J. ALBIEZ y A. LÓPEZ (coord.). Granada: Ed. Comares, pág. 2148]. En la jurisprudencia, *vid.*, v. gr., STS de 23 de noviembre de 1988 (8702), donde se alude, como contrapeso, al artículo 1283 del mismo cuerpo legal. En opinión de LASARTE, el recurso al principio de la buena fe en la heterointegración del contrato goza de un eminente carácter tuitivo para el ciudadano, pues su falta de conocimientos técnicos y la falsa propaganda pueden facilitar que resulte engañado [LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación («En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977»). *Revista de Derecho Privado*, pág. 78]. En materia de integración contractual con la publicidad *ex artículo 1258 CC*, *vid.* PASQUAU (1992). Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU. En: R. BERCOVITZ y J. SALAS (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. Madrid: Ed. Civitas, págs. 161 a 164.

³⁴ MORALES MORENO (¿Es posible construir...?, *op. cit.*, pág. 421) señala que las afirmaciones precontractuales vinculan conforme a la buena fe constituyere «la consecuencia de que no esté permitido al contratante que con ellas ha infundido confianza de vinculación en la otra parte, pretender que el contenido de las declaraciones no se ha incorporado al contrato (o al documento contractual)».

³⁵ Artículo 1276 de la *Propuesta de Modernización: «Quedarán insertadas en el contrato y tendrán valor vinculante las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en actividades de promoción de un producto o servicio, salvo que pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido que tal declaración o afirmación era incorrecta. No impedirá la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior el hecho de que las afirmaciones o declaraciones provengan de un tercero, siempre que resultaran conocidas o cognoscibles para el contratante profesional, éste no hubiera excluido expresamente su aplicación al contrato y se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o comercialización en la que profesional y tercero se encuentren insertos».*

³⁶ MORALES MORENO, «¿Es posible construir...?», *op. cit.*, pág. 421.

³⁷ Especial interés tienen las palabras del STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (*op. cit.*, pág. 560): «In some situations the same facts may be analysed either as a case of mistake, or as one in which there is a non-performance of a contractual obligation. For example there may be a remedy for non-performance because the performance of one party is not of the required quality; or one party may have given a contractual undertaking that a particular fact relating to the performance is true. Although some systems prevent the aggrieved party from choosing which set of remedies to pursue in cases of this type, there seems no good reason to do so provided that there is no «double recovery» and the choice does not have the effect that a claim escapes contractual or other restrictions which should properly apply to it. Normally the remedies for nonperformance will give a fuller measure of recovery, but the aggrieved party may find it simpler to exercise rights under this Section, e.g. just to give notice of avoidance on the ground of mistake» (cfr., en parecidos términos, LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 413). Asimismo, se alude a esta cuestión más adelante (*op. cit.*, págs. 611 y 612): «Even without this paragraph the same results could often be reached by relying on the rules on unilateral promises and the interpretation of offers

and other juridical acts. Also relevant would be rules on the reasonable expectations of the parties to contracts such as sales contracts. However, the rule provides a focussed way of achieving reasonable results in a common type of situation. A misrepresentation by a party may also give rise to a right to avoidance on the grounds of a mistake or to a right to damages for incorrect information. The fact that there are overlapping remedies does not matter. The other party may choose between remedies».

³⁸ INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO (UNIDROIT), *op. cit.*, pág. 107.

³⁹ Por cuanto se refiere a la idoneidad de la solución que admite la concurrencia de remedios, PANTALEÓN (Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, págs. 920 y 921) expone que no parece rechazable admitir optar por pedir un resarcimiento en la medida del *reliance interest* (o interés de confianza), cuando le resulte arduo demostrar con certidumbre el importe de su *expectation interest* (o interés en el cumplimiento). En cambio, la posibilidad de acudir al mecanismo resarcitorio precontractual como alternativa a los remedios contractuales, aunque no se anule el contrato, es cuestionada por ASUA en un extraordinario trabajo todavía inédito [Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual). En: M.^a Á. PARRA, *Negociación y perfección de los contratos*, de inminente publicación por la editorial Aranzadi], a cuyo texto hemos tenido privilegiado acceso gracias a la inestimable amabilidad de la propia autora. En su opinión, en estas hipótesis, al poder apreciarse la existencia de un incumplimiento contractual, no debería abrirse la vía extracontractual (precontractual) para la indemnización de daños primariamente patrimoniales; si «no se anula el contrato y se busca la posibilidad de indemnizar el interés negativo, los remedios deberían ser contractuales (los del incumplimiento)». Sin embargo, esta misma autora entiende razonable «la compatibilidad entre los remedios vinculados a la invalidez (anulación e indemnización del interés negativo con fundamento, en nuestro caso, extracontractual) y los relativos al incumplimiento. En todo caso, y si hubiera que elegir, en el supuesto del error deberían ser preferibles los remedios contractuales y canalizar la desvinculación del contrato a través de la resolución».

⁴⁰ FENOY PICÓN, N. (2010). «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. I, págs. 124 y 125.

⁴¹ PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 922, 923, 927 y 928.

⁴² LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 409 (señalan que la remisión se hace a los artículos 9:504 y 9:505 PECL); STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 556 (en el caso del DCFR, parece que la remisión ha de entenderse efectuada a los artículos III.—3:704 y III.—3:705).

⁴³ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 555: «However, the party should not necessarily be put into the same position as if the contract had not been concluded. To allow this might permit the party to throw other losses, such as a decline in the value of the property, on to the other party, when that item of loss was in no way related to the ground for avoidance».

⁴⁴ *Vid.* el comentario efectuado, en el mismo sentido, por LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 409.

⁴⁵ En la obra inédita anteriormente mencionada [«Responsabilidad en la formación del contrato (responsabilidad precontractual)»].

⁴⁶ PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 916 a 918.

⁴⁷ Artículo 4:105 PECL: «(1) Cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por la existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error. La otra parte debe indicar su voluntad de cumplir o ejecutar dicho cumplimiento sin dilación, una vez se le haya informado del sentido que la víctima del error había otorgado al contrato y antes de que esta haya alegado dicha anulabilidad y actúe en función de ella. (2) Tras dicha indicación o cumplimiento, se pierde el derecho a anular el contrato y queda sin efecto toda acción anterior al respecto. (3) Cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo

error, el juez o tribunal podrá restablecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error».

⁴⁸ LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 352; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 510.

⁴⁹ PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 924, nota 27.

⁵⁰ BASOZABAL, *op. cit.*, pág. 679.

⁵¹ LANDO y BEALE, *op. cit.*, pág. 378. Hemos de advertir que en el artículo 4:109(3) PECL también se confiere a la otra parte, por vía de excepción para eludir la anulación del contrato, la facultad de solicitar al juez la adaptación del contrato.

⁵² STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *op. cit.*, pág. 265.

⁵³ PANTALEÓN, «Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, págs. 926, 920 y 921.

⁵⁴ MORALES MORENO, «¿Es posible construir...?», *op. cit.*, pág. 415.

⁵⁵ Según PANTALEÓN («Responsabilidad precontractual...», *op. cit.*, pág. 924, nota 27), si alguien resulta perjudicado por el error esencial o el dolo causado por la infracción de un deber precontractual de información, la «manera técnico-jurídica correcta» de atender las exigencias de la razón práctica sería permitirle escoger entre la anulación y la adaptación del contrato, y no deformar la lógica indemnizatoria propia de la responsabilidad precontractual.

⁵⁶ Sin embargo, como expone YZQUIERDO, progresivamente va aumentando el sector doctrinal que sostiene que deberíamos dirigirnos hacia una unificación, donde únicamente se contemplasen algunas diferencias de matiz en su régimen jurídico. En su opinión, «muchas de las diferencias son más ficticias que reales, debiéndose en su gran mayoría más a soluciones judiciales de pretendida equidad que a fallos propiamente jurídicos» [YZQUIERDO (1991). «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 603, marzo-abril, págs. 449 y 450]. Con carácter general, sobre la diferencia entre la responsabilidad contractual y la aquiliana, *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (1993). «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias». *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, págs. 61 a 78; y MORALES MORENO, *Incumplimiento del contrato...*, *op. cit.*, págs. 18 a 22.

⁵⁷ MEDINA ALCOZ, *op. cit.*

⁵⁸ YZQUIERDO, «La zona fronteriza...», *op. cit.*, pág. 450: «Vaya por delante que es tradicional el que los tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si *ese mismo* daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; «se han visto las caras», en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales. Si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente de las consecuencias que fueron *previstas* resultaban *previsibles* en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, como se verá al analizar el art. 1.107 CC), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a *todas* las consecuencias conocidas». Como consecuencia de todo lo anterior, este autor concluye que no encuentra la justicia del resultado que se obtiene con esta diferencia de trato: «¿Acaso el patrimonio del perjudicado no se ha producido idéntico menoscabo en ambos casos?».

⁵⁹ JHERING, *op. cit.*, págs. 9 a 22.

⁶⁰ V. gr., BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, *op. cit.*, págs. 126 a 132. GALGANO (*op. cit.*, pág. 553), por su parte, entiende que los autores que se adscriben a esta postura tienen fuertes argumentos.

⁶¹ Entre otros, JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Ed. Civitas, págs. 31 y 32 [vid. núm. 21: «Que se califica como de carácter contractual en tanto que violación de una obligación legal (derivada de la buena fe, arts. 7-1 y 1.258 del CC) de comportamiento correcto en la fase preliminar a la celebración del contrato, obligación que, por tanto, resulta preexistente a la propia afirmación de la responsabilidad»]. Aunque ALONSO PÉREZ (*op. cit.*, pág. 920) sostuvo expresamente que lo más adecuado sería, *de iure condendo*, su configuración como un *tertium genus* de responsabilidad, actualmente se muestra partidario de la tesis contractualista, al concebir la buena fe como principio que envuelve toda la relación negocial, desde sus primeros momentos preparatorios hasta sus últimas consecuencias. Si bien PANTALEÓN manifiesta su opinión favorable a incluir en la responsabilidad contractual las hipótesis donde exista un «contacto social» entre quien irroga el daño y quien lo soporta (aunque no cree aplicables todos los preceptos inherentes a aquella), no se muestra categórico, sino dubitativo, como tendremos ocasión de explicar posteriormente [PANTALEÓN (1984). «Comentario a la STS de 19 de junio de 1984». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 6, septiembre-diciembre, pág. 1876]. Por su parte, MEDINA ALCOZ (*op. cit.*) entiende que en esta «responsabilidad entre conocidos», «conectados» o «previamente relacionados», la culpa no es el título de imputación, sino la transgresión de la buena fe en sentido objetivo; por este motivo, dado el «contacto negocial» previo existente entre las partes, excluye esta autora su identificación con la responsabilidad aquiliana, y propugna su naturaleza contractual.

⁶² En la doctrina italiana, entre otros, *vid.* PACCHIONI, G. (1950). En: C. Grasseti (coord.), *Obbligazioni e contratti: succinto commento al libro quarto del codice civile*. Padova: Ed. Cedam, pág. 64; BARBERO, D. (1958). *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, T. I., 5.ª edic. Torino: UTET, pág. 365; SACCO, *op. cit.*, pág. 360; BIANCA, C.M. (2000). *Diritto Civile*, T. III, Il Contratto, 2ª edic. Milano: Giuffrè Editore, págs. 157 a 162.

⁶³ En nuestro país, consideran extracontractual la responsabilidad *in contrahendo*, por ejemplo, MORENO QUESADA, *op. cit.*, págs. 42 y sigs.; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, en las notas a la traducción de la obra ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLFF, M. (1981). *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, T. 1.º, II, Primera Parte, 15ª revisión por Hans Carl Nipperdey, traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER, 3.ª ed. al cuidado de Alfonso HERNÁNDEZ MORENO y María del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, Barcelona: Ed. Bosch, págs. 264 y 265; DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1988). *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Parte general, Obligaciones y Contratos, revisado y puesto al día por Manuel de COSSÍO Y MARTÍNEZ, y José LEÓN-CASTRO ALONSO, 1.ª ed. Madrid: Ed. Civitas, pág. 398; CABANILLAS, *op. cit.*, págs. 764 y 765; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Derecho civil*, T. II, Derecho de Obligaciones, 11ª ed., puesta al día con la colaboración de Fernando REGLERO. Barcelona, Librería Bosch, págs. 377 a 380; DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pág. 180 (si bien matiza su postura —*op. cit.*, págs. 185 y 186—, al concluir que la calificación de esta responsabilidad depende de la hipótesis analizada, pues en la responsabilidad *in contrahendo* se incluyen muchos supuestos de diversa índole); con carácter general, CARRASCO, Comentario al artículo 1101, *cit.*; TARABAL BOSCH, J. (2011). Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2010. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87/2011 parte Comentario, recurso electrónico BIB 2011\1647, accesible en www.westlawinsignis.es; ASUA, en la obra todavía inédita ya aludida («Responsabilidad...», *op. cit.*). Por su parte, PANTALEÓN (Responsabilidad precontractual..., *op. cit.*, pág. 902) entiende que no hay razón alguna para importar la construcción alemana de la culpa *in contrahendo*, pues la responsabilidad precontractual es un «sector especial» de la responsabilidad aquiliana.

⁶⁴ ROGEL hizo alusión al desarrollo, por cierto sector doctrinal, de una nueva suerte de responsabilidad [ROGEL VIDE, C. (1977). *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*. Madrid, Ed. Civitas, págs. 44 y 45]: «Con todo, es necesario reconocer que esta nueva especie de responsabilidad no ha cuajado definitivamente, siendo ajena a la doctrina y a la jurisprudencia española».

⁶⁵ En torno a esta decisión, CARRASCO («Cartas de intenciones...», *op. cit.*) ofrece una relevante valoración: «Con esta decisión, el TS renuncia a configurar la culpa *in contrahendo*

como un fundamento propio de responsabilidad, y simplemente delimita el campo de aplicación del artículo 1902 Código Civil. Pero este proceder no crea seguridades interpretativas, ya que el principio genérico de *naeminem laedere* es demasiado laxo y genérico como para poder ofrecer criterios seguros en la aplicación a casos concretos. Al no fundarse en un principio técnicamente más preciso de la buena fe, el criterio general de solución no sirve para predecir en qué casos se estimará que concurren los requisitos de esta responsabilidad, o, como alternativa, su aplicación llevará a una extensión desmesurada de la responsabilidad in *contrahendo*, pues bastará que alguien haya sufrido un daño en la ruptura de tratos para calificar este como injusto. En otros términos, el artículo 1902 Código Civil, que puede suministrar el cauce material y procesal para demandar la responsabilidad, no sirve a la vez para suministrar el canon interpretativo que permite averiguar cuándo es injusto el daño causado en la ruptura de tratos preliminares. Salvo que se acabe diciendo que es injusto todo daño por el solo hecho de producirse».

⁶⁶ Vid. ARENAS, *op. cit.*, págs. 9 a 11.

⁶⁷ Según explica ARENAS (*op. cit.*, pág. 25), los redactores de los Reglamentos Roma I y Roma II han tratado de eludir las dificultades que plantean las conexiones de esta materia tanto con el ámbito contractual como con el extracontractual, a través de una regulación *ad hoc* de la *culpa in contrahendo* (pese a que en el artículo 12.1 del Reglamento Roma II explícitamente se hable de «obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato»), cuya puesta en práctica originará situaciones problemáticas [en el Considerando núm. 10 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I) se dispone: «Las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato están reguladas por el artículo 12 del Reglamento (CE) no 864/2007. Por consiguiente, dichas obligaciones deben excluirse del ámbito de aplicación del presente Reglamento»]. Resulta interesante la reflexión aportada, con carácter preliminar y general, por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010). «Lealtad en el periodo precontractual (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares, según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos)». *Anuario de Derecho Civil*, T. LXIII, fasc. II, pág. 579: «Creo que tiene particular motivo la atención puesta en las *conductas*, precisamente porque nos estamos refiriendo, sobre todo, a casos de negociaciones que no han llegado a buen término (es decir, ningún contrato se ha concluido), sin perjuicio de que puedan también contemplarse hipótesis de contratos efectivamente concertados pero en los que una de las partes, al negociar, ha incurrido en un comportamiento reprochable. Dicho de otro modo, parece que el *mundo* de los tratos preliminares es terreno particularmente apto para el enjuiciamiento de *conductas* como tales, esto es, al margen o con independencia de lo acontecido entre las partes *después de la negociación*».

⁶⁸ CABANILLAS, *op. cit.*, págs. 757 y 758. En una línea que se nos antoja en cierto modo parecida, dentro de la doctrina italiana podemos aludir, entre otros, a DE CUPIS, *op. cit.*, págs. 58 y sigs.; MESSINEO, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*, T. I, trad. esp. de la 3ª edic. italiana de 1948 por R.O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 310, núm. 6; LUMINOSO, A. (1988). «La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile». *Contratto e impresa*, págs. 794 a 800.

⁶⁹ Como advierte DE LOS MOZOS (*op. cit.*, págs. 185 y 186), no todas las hipótesis se hallan sometidas al mismo régimen. Él dedica su exposición a la interrupción injusta de los tratos preliminares, cuando todavía no hay contrato, y concluye: «Supuesto que es, necesariamente, muy distinto de aquellos otros en los que el contrato llega a concluirse, pero que resulta nulo o ineficaz, en los que habiéndose producido un perjuicio también se pueda seguir hablando de responsabilidad in *contrahendo*, cuyo estudio encaja en otros parámetros».

⁷⁰ Vid. MEDINA ALCOZ, *op. cit.* (que expuso su opinión en relación con la necesidad de regular tales asuntos con anterioridad a la publicación de la *Propuesta de Modernización*); LARIOS, *op. cit.*, pág. 99.

⁷¹ Díez-Picazo, Roca Trías y Morales Moreno, *op. cit.*, pág. 197.

⁷² Sin embargo, en opinión de Medina Alcoz (*op. cit.*), el silencio de los textos internacionales resulta poco decisivo en esta materia: «Ahora bien, una cosa es que dichos preceptos no declaren expresamente que la responsabilidad precontractual tiene una concreta naturaleza, y otra el afirmar que tal cuestión no ha quedado en cierto modo esclarecida. Si tal responsabilidad tuviera naturaleza extracontractual, ¿serían aquellos textos contractuales los lugares adecuados para reglamentarla? En principio, no tendría mucho sentido su afirmación como responsabilidad extracontractual y su regulación junto a la contractual. Además, en todos los artículos citados, la responsabilidad nace del incumplimiento del deber de actuar buena fe, como principio que preside la negociación precontractual y la ejecución contractual; y que inspira, por tanto, toda relación (estrictamente jurídica o contacto social) que nazca entre «conocidos» o «conectados» por la existencia de un deber previo que les vincula ineludiblemente. Por esto, entiendo que los textos analizados constituyen, sin duda, una adecuada base jurídica para la consideración de una amplia responsabilidad contractual, integrada por la responsabilidad contractual *stricto sensu* y por la responsabilidad nacida del denominado *contacto negocial*, la responsabilidad precontractual». En relación con la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual en el Código de Pavía, *vid.* Luna Serrano, A. (2003). El régimen de los tratos preliminares en el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos. *Estudios de Deusto*, vol. 51/1, enero-junio, págs. 314 y 315 («parece acoger una suerte de responsabilidad precontractual adornada de una caracterización específica superadora de las referencias exclusivamente extracontractuales o fundamentalmente contractuales de la misma»). Sobre este mismo Proyecto de Pavía, García Cantero advierte que no es necesario que esta norma se pronuncie «irremediamente sobre la naturaleza jurídica de esta responsabilidad —la *vexata quaestio* acerca de su carácter contractual o extracontractual—, tarea que, como es sabido, se reserva, normalmente, a la doctrina» [García Cantero, G. (2010). *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid, ed. Reus, pág. 114].

*(Trabajo recibido el 16-06-2014 y aceptado
para su publicación el 30-06-2014)*

Arrendamiento de vivienda, tutela
del inquilino y seguridad del tráfico:
en especial, la inoponibilidad del
arrendamiento no inscrito tras la Ley
4/2013, de 4 de junio*

*Rental housing, guardianship of the
tenant and traffic safety: in particular,
the unenforceability of the lease not
registered after the law 4/2013, 4 june*

por

M.^a DOLORES MAS BADIA
*Profesora Titular de Derecho Civil
Universitat de València*

RESUMEN: La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas ha reformado, de forma sustancial, el régimen jurídico del arrendamiento de vivienda. En el origen de la reforma se encuentra la situación socioeconómica que vive España. En nuestro país, el mercado del alquiler ocupa, tradicionalmente, un puesto menor, en términos

* Este trabajo se inscribe en la labor desarrollada dentro del «Grupo valenciano de estudio del Derecho Privado Europeo» (GEVDPE), inscrito en el Registro de Estructuras de investigación de la Universitat de València (ref. GIUV2013-118).

estadísticos, al del mercado en propiedad. La Ley 4/2013 asume como principal finalidad la de activar este mercado del alquiler, incentivando la oferta. Se inspira en planteamientos liberales, despojando al inquilino de muchos de los derechos que le reconocía con anterioridad la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Posiblemente la novedad más importante es la sujeción del arrendamiento de vivienda a los principios propios del sistema registral. La importancia de esta materia y el alcance de la alteración, justifica su análisis específico. Ahora bien, el nuevo equilibrio de fuerzas resultante no puede comprenderse del todo sin tener en cuenta los cambios que también introduce la Ley en la duración del arrendamiento, por lo que igualmente se analizan estos.

ABSTRACT: The Law 4/2013, 4th of June, about flexibilization measures and promotion of the rent of housing market has substantially reformed the legal regime of the lease of housing. In the origin of the reform stands the socioeconomic situation existing throughout Spain. In our country, the market of leases has traditionally occupied a minor position, in statistical terms, in relation to the market in property. The Law 4/2013 assumes as principal purpose the activation of the market of leases by stimulating the offer. It is inspired by liberal statements, depriving the tenant many of the rights that he was recognized previously by the Law of Urban Leases.

Probably the most important innovation is the subordination of the lease of housing to the basic rules of Land Register. The importance of this matter and the scope of the alteration justifies by itself its specific analysis. However, the new balance of forces cannot be understood completely without bearing in mind the changes that the Law also introduces in the duration of the lease, what justifies its analysis.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento. Arrendatario. Vivienda. Registro de la Propiedad. Mercado del alquiler

KEY WORDS: *Lease. Tenant. Housing. Land Register. Market of leases*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS PRELIMINARES: FUENTES REGULADORAS DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y DURACIÓN DEL CONTRATO. 1. FUENTES REGULADORAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. SU JERARQUÍA NORMATIVA. 2. NOVEDADES RELACIONADAS CON LA DURACIÓN DEL CONTRATO.—III. LA SUJECCIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA A LAS REGLAS DEL SISTEMA REGISTRAL: LA INOPONIBILIDAD DEL ARRENDAMIENTO NO INSCRITO. 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS. 2. LA OPONIBILIDAD DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA FRENTE A DERECHOS CONCURRENTES BAJO LA LAU/1994. 3. LA REFORMA DE LA LAU POR LA

LEY 4/2013. LA VUELTA DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA AL REDIL DEL SISTEMA REGISTRAL. A) Las nuevas reglas: colisión de derechos en caso de enajenación voluntaria de la vivienda —artículo 14 LAU— o de decadencia o «resolución» del derecho del arrendador por las circunstancias enunciadas en el artículo 13.1 LAU y otras análogas. a) Fincas inmatriculadas. a') *Colisión entre el arrendamiento y derechos concurrentes que estén inscritos*. b') *Colisión entre el arrendamiento y derechos concurrentes que no estén inscritos*. b) Fincas no inmatriculadas. a') *Enajenación voluntaria de la finca (art. 14 LAU)*. b') «Resolución» del derecho del arrendador ex artículo 13 LAU. B) Arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble. C) Análisis específico del arrendamiento de cosa ajena o «a non domino», concertado por propietario aparente. a) Primera regla. b) Segunda y tercera reglas. a') *Enajenación de la vivienda por el arrendador-propietario aparente*. b') *La victoria en juicio del verdadero propietario*. c') *En especial, la indemnización a cargo del arrendador propietario aparente y el «plazo de gracia» a favor del inquilino*. c) Enajenación de la finca por el verdadero propietario. d) El arrendamiento por dueño aparente cuando la finca está inmatriculada. a') *Arrendamiento no inscrito*. b') *Arrendamiento inscrito*.—IV. LA CONFUSIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA LAU. V. SOBRE LA BUENA FE DEL ADQUIRENTE. VI. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL ARRENDAMIENTO INSCRITO. EL NUEVO ARTÍCULO 27.4 LAU. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El arrendamiento de inmuebles urbanos se encuentra sujeto a un régimen diverso en atención a dos criterios. En primer lugar, por razón de la finalidad primordial del contrato: satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario —arrendamiento de vivienda— o atender otras necesidades que exigen la ocupación de un espacio edificado —arrendamiento para uso distinto del de vivienda—. En segundo lugar, conforme a la legalidad vigente al tiempo de la perfección del contrato¹.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas², en lo que al primero de los criterios expuestos se refiere, afecta al régimen jurídico de los arrendamientos de vivienda. En relación con el segundo, añade un nuevo elemento al catálogo de estatutos jurídicos derivados de la normativa vigente cuando se concertó el arrendamiento. Antes eran tres los supuestos que integraban la lista: 1.º Los contratos anteriores a 9 de mayo de 1985, fecha en que entró en vigor el Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica. 2.º Los posteriores a esta fecha pero anteriores al 1 de enero de 1995, que marca la entrada en vigor de

la LAU/1994. Y 3.º, los celebrados con posterioridad a la última de las fechas indicadas. La nueva categoría que suma la Ley 4/2013 corresponde a los contratos concertados a partir del 6 de junio de 2013, en que comienza a aplicarse esta Ley.

El primero de sus artículos modifica el régimen de los arrendamientos de vivienda en la LAU/1994. Lo hace de forma sustancial y en un sentido claramente liberalizador.

El segundo muda la LEC/2000 en materia de procedimiento de desahucio arrendaticio. Introduce algunas mejoras técnicas, aclaraciones y adecuaciones sistemáticas a la reforma que implantó la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal. Sin duda, la facilidad del desahucio ante el incumplimiento del arrendatario es uno de los aspectos principales que puede influir en la predisposición del propietario a ceder en alquiler la vivienda y han sido diversas las modificaciones legislativas pautadas y ejecutadas en los últimos tiempos en este sentido.

El tercero, crea un registro administrativo de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler³. Se regulará por Real Decreto en su organización y funcionamiento. Su finalidad está orientada a asegurar la posición del arrendador y predisponerle favorablemente a arrendar sobre la base de la confianza que le pueda ofrecer la persona del inquilino. Con este fin se trata de «ofrecer información sobre el riesgo que supone arrendar inmuebles a personas que tienen precedentes de incumplimiento de sus obligaciones de pago de renta en contratos de arrendamiento»⁴. La regulación de este registro, tal y como se ha concebido, pone en el mismo saco a quienes dejan de pagar la renta del alquiler de forma abusiva o con mala fe y a quienes se ven abocados al impago por circunstancias ajenas a su voluntad, relacionadas muchas veces con la grave crisis económica que vivimos⁵.

En la DA primera, al servicio de la política de vivienda, se prevé la creación de instrumentos de colaboración que, a salvo los datos protegidos, permitan un flujo de información entre el Gobierno, los Registros de la Propiedad, los registros administrativos de arrendamientos o de depósitos de fianzas de las CCAA y del Consejo General del Notariado, así como de aquellos datos de carácter estadístico que consten en la Administración Tributaria derivados del acceso a beneficios fiscales de arrendadores y arrendatarios.

En la DA segunda, se ordena el régimen aplicable a las ayudas de los Planes Estatales de Vivienda cuyos efectos se mantengan a la entrada en vigor de la misma; y a las ayudas de Renta Básica de Emancipación establecidas por el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre.

Las dos DDTT se dedican a determinar el régimen de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 4/2013, en el plano sustantivo (DT primera) y procesal (DT segunda). La primera responde a un criterio de irretroactividad, aunque las partes pueden, si lo desean, adaptar el contrato a la nueva normativa. La segunda, confirma la regulación adjetiva anterior para aquellos procesos que estén tramitándose a la entrada en vigor de la Ley.

Por último, las DDFE se refieren, por este orden, a las siguientes materias: títulos competenciales en que se ampara la Ley (art. 149.1.1ª, 6ª, 8ª y 13ª CE); mandato al Gobierno para que, en el plazo de seis meses (que ya ha transcurrido sin que se haya ejecutado), adapte a la Ley el RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, en especial en lo que concierne a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables; habilitación al Gobierno para el desarrollo reglamentario de la Ley; y entrada en vigor, al día siguiente a su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Tras este pequeño croquis de la estructura y contenido de la Ley, conviene situarla en su contexto e investigar las razones de su promulgación.

En el origen de la reforma se encuentra la situación socioeconómica que vive España, donde el mercado del alquiler ocupa, tradicionalmente, un puesto menor, en términos estadísticos, al mercado en propiedad. No tendría esto demasiada importancia si no fuera porque muchas personas encuentran dificultades, en ocasiones insuperables, para acceder a una vivienda digna. A la preferencia generalizada por la compra han contribuido diversos factores. En primer lugar, las propias características del mercado de vivienda en alquiler. Las rentas altas han hecho pensar a los ciudadanos que con un desembolso equivalente dedicado a satisfacer las cuotas de un préstamo hipotecario que, hasta hace unos años, no era difícil obtener, podían acabar convertidos en propietarios de la vivienda. Por otra parte, en sí mismas pueden ser disuasorias o inaccesibles. Junto a ello: los incentivos ofrecidos por los poderes públicos para la compra de la vivienda (p. ej., en su momento, de tipo fiscal); unas condiciones financieras favorables al endeudamiento; facilidad para obtener un préstamo hipotecario, largo plazo para devolverlo y tipos de interés bajos. Y, por último, la tradición o la cultura imperante en nuestro país que valora más la propiedad que un mero derecho personal y temporalmente limitado como es el que deriva de la relación arrendaticia. Frente a esto, como ventajas del alquiler, se sugiere que facilita la elección de vivienda, adecuándola a las diferentes necesidades del ciclo vital; propicia el aumento de la movilidad geográfica de los trabajadores; permite disminuir el endeudamiento de los hogares; ofrece mayor flexibilidad ante cambios en los ingresos de la unidad familiar; y, con los estímulos y las ayudas adecuados, facilita la emancipación de los jóvenes.

Es misión de todos los poderes públicos y del legislador en particular proveer a la sociedad de los instrumentos necesarios para resolver el problema de la vivienda (cfr. art. 47 CE, en relación con el art. 53.3 CE). En esta línea, deben buscarse alternativas a la tenencia en propiedad sobre todo en épocas de crisis en las que la dificultad de obtener crédito hace imposible para muchas familias comprar una casa. El arrendamiento, pese a que no garantiza la tenencia indefinida, sino solo temporal, es una de estas alternativas siempre que su regulación la haga atractiva y viable como tal.

En 1994, el legislador era consciente de que solo un dieciocho por ciento del parque de viviendas en España, se encontraba en régimen de alquiler. Así lo exponía en su Preámbulo la LAU/1994. Al mismo tiempo, manifestaba la finalidad última perseguida por aquella reforma: coadyuvar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47 CE. Casi veinte años después, los números no han variado. El Preámbulo de la Ley 4/2013 los reproduce en su párrafo inicial. A continuación, se detiene en las secuelas negativas que tiene esta característica del mercado de la vivienda sobre la economía y la sociedad españolas: desde las trabas a la movilidad de los trabajadores hasta la existencia de un elevado número de viviendas en propiedad, vacías y sin ningún uso. Una oferta insuficiente, unas rentas muy elevadas, y un tráfico que se caracteriza por las relaciones personales entre arrendador y arrendatario, lejos de un verdadero mercado profesionalizado de alquiler, a diferencia de otros países de Europa, son los datos que acaban de definir el contexto socio-económico en que se dicta la Ley.

La dinamización del mercado del alquiler, al menos sobre el papel, se ha convertido en una prioridad del legislador en los últimos años, de modo paralelo al incremento de las dificultades para acceder a una vivienda en propiedad. La crisis actual de la vivienda es, en gran parte, la crisis del modelo hipotecario-dominical: vivienda en propiedad a la que se accede a través del crédito hipotecario, que está haciendo aguas. El alquiler aparece como alternativa a este modelo. Pero hay que sacarlo de la depresión en la que también se encuentra. Esta preocupación se ha concretado en diversas medidas legislativas. Todas ellas parecen orientadas a aumentar la oferta de viviendas en alquiler. Las Exposiciones de Motivos de las meritadas normas agitan como bandera este objetivo. Entre ellas, puede citarse la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios; la Ley 37/2011, de agilización procesal y su incidencia en el proceso de desahucio; el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, que prevé la constitución de un Fondo Social de Viviendas destinadas al alquiler (FSV), para paliar los efectos indeseables de los lanzamientos como consecuencia de ejecuciones hipotecarias cuando los afectados sean personas en especial situación de vulnerabilidad, modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo; el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016⁶; o la que es objeto de este trabajo, la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, que entró en vigor el 6 de junio de 2013, un día después de su publicación en el *BOE*.

Con la finalidad de avivar el mercado del alquiler de vivienda, la Ley 4/2013 da una nueva vuelta de tuerca al sistema arrendaticio. Veremos, a continuación en qué sentido. Ya adelanto mi opinión de que el sistema diseñado no parece que vaya a servir para alcanzar los objetivos propuestos, por razones que se irán desgranando a lo largo de este trabajo. Lo primero que hay que decir es que la nueva reforma supone un vuelco en la filosofía que inspiraba la regulación de los arrendamientos de vivienda en la LAU/1994. Ciertamente si comparamos la LAU/1994 con el TRLAU/1964 —sin olvidar el crucial hito intermedio que entrañó el RD-Ley 2/1985, conocido vulgarmente como «Decreto Boyer»—, ya se habían dado pasos sustanciales en un sentido liberalizador. Pienso en la supresión de las prórrogas forzosas, como mecanismo imperativo, y en el fin del sistema que congelaba las rentas, permitiendo su actualización. Sin embargo, en materia de arrendamientos de vivienda, quedaba todavía un importante reducto blindado de derechos a favor del inquilino, sobre todo durante los primeros cinco años de duración del arrendamiento, que se modelaban, al mismo tiempo, como plazo mínimo de duración y, lo que es más importante, como plazo de garantía. Esta inspiración social se aparca tras la última reforma que ha sufrido la LAU. Muchos de los derechos que se reconocían al arrendatario se ven afectados en su propia línea de flotación.

Si hemos de creer en la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, esta persigue aumentar el flujo de viviendas que salgan al mercado de alquiler. Se trata de buscar «mecanismos de flexibilización y dinamización» de este mercado, diseñando «un marco que consiga atraer al mismo, al mayor número posible de viviendas actualmente vacías y sin ningún uso, en manos de propietarios privados». La nueva regulación se quiere ver como un estímulo para el potencial oferente. Para ello, el legislador está convencido de la virtud de los postulados liberales. Encuentra la solución en acentuar la autonomía privada y abandonar el proteccionismo social de los arrendatarios, tradicional hasta la fecha. Cuanto menos carga suponga el arrendamiento para el propietario (o titular de derecho real que lleve aneja la facultad de arrendar) más dispuesto estará a alquilar la vivienda. Así, una de las líneas directrices de la reforma es aligerar esta carga, no sin grave detrimento de la posición del inquilino y ello sin asegurar, como veremos, que las medidas que se introducen vayan a tener éxito en la práctica.

Como digo, aliviar la carga del arrendador supone necesariamente rebajar los derechos reconocidos tradicionalmente al arrendatario como parte «débil» de la relación. Cuando la tensión se produce entre la estabilidad del arrendatario y la protección del eventual adquirente de la vivienda, la Ley se inclina por la seguridad del tráfico a costa de la extinción del arrendamiento en casos en que, bajo la normativa anterior, este continuaba. En muchos puntos se aproxima el régimen del alquiler de la vivienda al destinado a un uso distinto, que la Ley 29/1994 quiso diferenciar claramente como premisa rectora. Pero la vivienda es el sustrato de un derecho irrenunciable, íntimamente unido a la dignidad del ser

humano, lo que no puede afirmarse de otro tipo de usos a que pueda destinarse el inmueble. Por ello, habrá que ser muy cuidadoso al juzgar el nuevo juego de equilibrios alumbrado por la reforma.

Llegados a este punto, es inevitable que venga a la memoria la experiencia de la LAR 2003/2005 y el peligro de que algo parecido pueda repetirse con la Ley de Arrendamientos Urbanos. Entre 2003 y 2005, en el brevísimo plazo de dos años, se produjo un verdadero vaivén legislativo. La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos, supuso un cambio radical en comparación con la legislación hasta entonces vigente. De un plumazo se borró lo que constituía la justificación de la especialidad arrendaticia, marcadamente social, por contraposición al espíritu liberal del Código Civil. Tanta era la diferencia y tan insistente, hasta la hostilidad, fue la crítica de la oposición parlamentaria favorable al regreso a los cauces normados imperativamente de la LAR/1980 que, ensambladas poco tiempo después aquellas minorías discrepantes con cierta mayoría parlamentaria todo hacía augurar una pronta reforma de la LAR/2003⁷. Esta se produjo dos años después, con la Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que limó algunas de las asperezas liberales de la LAR/2003, entre ellas, las que afectaban a la duración del contrato. De nuevo pasaría de tres a cinco años como mínimo, ampliándose también el plazo de las prórrogas tácitas, a la vez que se reintroducían los derechos de adquisición preferente, que habían sido suprimidos en 2003.

¿Corremos el peligro de sufrir estos mismos vaivenes de política legislativa en el ámbito de los arrendamientos urbanos, en detrimento de la estabilidad en la política de viviendas? La Ley 4/2013 entraña un vuelco liberal, que se ha llevado a cabo no sin fuerte oposición en el Parlamento. Veremos hasta qué punto su esperanza de vida depende, como en el caso de los arrendamientos rústicos, del color político del Parlamento español.

Realizadas estas consideraciones, es momento de centrar la atención en el análisis jurídico de la reforma. Esta bascula sobre dos ejes principales: La reducción del plazo mínimo de duración del arrendamiento de vivienda y, lo que es más importante, su decadencia como plazo de garantía bajo el que el inquilino se encontraba especialmente protegido⁸. Y, junto a ello, la afirmación de la inscripción de los arrendamientos urbanos en el Registro de la Propiedad como única vía para que el arrendatario quede amparado frente a los terceros adquirentes y los acreedores del arrendador. En mi opinión, el sometimiento de los arrendamientos de vivienda a las reglas y principios del sistema registral es la novedad de mayor transcendencia, al menos en un plano teórico. Es como si el legislador pensara que está llevando a la oveja descarriada al redil hipotecario. Se somete este tipo de arrendamiento a las reglas registrales, en particular, al principio de inoponibilidad, y se acaba con las especialidades introducidas por la legislación arrendaticia que hacían que, hasta cierto punto, el arrendamiento de vivienda viviera de espaldas a estas reglas, al amparo de un orden excep-

cional. La Ley 4/2013 formula con carácter general la regla de oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito en el artículo 7.2 LAU (que constituye aplicación del artículo 32 LH y del art. 606 CC) y la reitera en diversos preceptos (arts. 9.4, 10.II, 13 y 14 LAU). Sin embargo, puede apreciarse confusión entre esta regla y la relativa a la fe pública registral, que se manifiesta en la llamada al artículo 34 LH en diversas ocasiones en que la Ley debería haberlo hecho, en puridad técnica, al artículo 32 LH y concordantes del Código Civil (en especial, el art. 606 CC). Por otra parte, la formulación de las normas que contienen los artículos 7.2, 9.4, 10.II, 13 y 14 LAU, presenta defectos técnicos, en ocasiones graves, que dificultan su interpretación.

Teniendo estos dos ejes directrices en cuenta, la reforma de la LAU actúa sobre aspectos de lo más variado, que no está de más enumerar, para que el lector se represente, de forma global, el alcance de la reforma. Un espiguelo por la Ley arroja como resultado las siguientes cuestiones que se modifican o que constituyen novedades:

Se altera, al menos aparentemente, el sistema de fuentes normativas, reforzando la autonomía privada en el ámbito del alquiler de vivienda (art. 4.2 LAU).

Se contempla de modo expreso la posibilidad de sumisión a mediación o arbitraje, como mecanismos alternativos al judicial, para la resolución de conflictos (art. 4.5 LAU), aunque ya resultaba así de las leyes sobre la materia: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada por la Ley 11/2011, 20 mayo, y Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Se regula, también de modo explícito, la posibilidad de señalar las partes contratantes una dirección electrónica a los efectos de realizar las notificaciones previstas en esta ley, siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron (es decir, lo que se conoce en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, como autenticidad, identidad y no repudio) —artículo 4.6 LAU—.

Se excluye del ámbito de aplicación de la ley determinados arrendamientos para uso turístico, que hasta ahora se regían por la regulación, en la LAU, de los arrendamientos para uso distinto del de vivienda, como arrendamientos de temporada. En este sentido, se añade una letra e) al artículo 5 LAU.

Se rebaja la duración mínima del arrendamiento de vivienda de 5 a 3 años (art. 9 y concordantes LAU) y la prórroga voluntaria o tácita, de 3 a 1 año (art. 10 LAU).

Además, el plazo mínimo ya no opera como plazo de garantía durante el cual ostente el inquilino una posición blindada. El arrendatario ya no tiene asegurada su permanencia en la vivienda durante al menos el plazo mínimo de duración en los casos de que se enajene la vivienda (art. 14 LAU), o se «resuelva» el derecho del arrendador (art. 13), ni existen los límites que antes contenía el

artículo 18.1 LAU en relación con el criterio al que atender para actualizar la renta durante ese plazo, ni opera la proscripción del pacto de renuncia a los derechos de adquisición preferente que antes albergaba el artículo 25.8 LAU.

Se facilita la posibilidad de que el arrendador recupere la vivienda por necesidad propia o de determinados familiares (art. 9.3 LAU).

Se amplía la facultad de desistimiento del arrendatario (art. 11 LAU), en lo que parece una especie de premio de consolación por los muchos derechos que pierde.

Se somete el arrendamiento de vivienda a las reglas del sistema registral inmobiliario, en particular, la de inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito (arts. 7.2, 9.4, 10.2, 13 y 14 LAU).

Se da una nueva regulación a los supuestos de arrendamiento de cosa ajena o *a non domino* (que, además, cambia de ubicación, desde el artículo 13.3 al artículo 9.4 LAU, cambio censurable, que no constituye una mejora técnica, sino todo lo contrario y oscurece la interpretación de algunas normas, cuestiones sobre las que luego he de reflexionar).

Se incide en la titularidad del contrato de arrendamiento en los casos de atribución del uso de la vivienda en los procedimientos de crisis matrimonial (art. 15.1 LAU).

Se adapta la exclusión del derecho de subrogación en caso de fallecimiento del arrendatario al nuevo plazo mínimo de duración (art. 16.4 LAU).

Se admite que temporalmente se sustituya el pago de la renta por la realización de mejoras en la vivienda (art. 17.5 LAU).

Se admite que se pacten criterios de actualización de la renta distintos al IPC, que pasa a funcionar como criterio subsidiario (art. 18.2 LAU).

Se da nueva redacción al artículo 23 LAU en lo relativo a las obras que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la vivienda.

Se mejora la regulación de la realización de obras o actuaciones para adecuar la vivienda a las necesidades de las personas con discapacidad o de edad superior a setenta años (art. 24).

Se legitima el pacto de renuncia a los derechos de adquisición preferente (art. 25.8 LAU).

Se contempla una vía de resolución extrajudicial del arrendamiento inscrito, para el caso de falta de pago de la renta, cumplidos ciertos requisitos (art. 27 LAU). Aunque ya adelanto que me sumo a la opinión de quienes vaticinan la poca utilidad práctica del mecanismo.

En el presente estudio ceñiré mi análisis a la nueva relación que se establece entre el arrendamiento de vivienda y los principios registrales. La importancia de la materia y el alcance de la alteración justifica su tratamiento específico. Pero como el equilibrio de fuerzas resultante no puede comprenderse del todo sin considerar los cambios que introduce la Ley en la duración del arrendamiento, igualmente me detendré en ellos.

II. PRESUPUESTOS PRELIMINARES: FUENTES REGULADORAS DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y DURACIÓN DEL CONTRATO

1. FUENTES REGULADORAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. SU JERARQUÍA NORMATIVA

En lugar de someter los arrendamientos de vivienda al Título II de la LAU, en su defecto, a lo pactado por las partes y, finalmente, como Derecho supletorio, al Código Civil (cfr. art. 4.2, según redacción anterior), el nuevo artículo 4.2 LAU señala que, respetando lo dispuesto en el número 1, «*los arrendamientos de vivienda se regirán por los pactos, cláusulas y condiciones determinados por la voluntad de las partes, en el marco de lo establecido en el título II de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil*». Sin perjuicio de que la expresión «*en el marco de lo establecido en el título II*»⁹ padece de indeterminación, lo cierto es que la labor de interpretación permite atribuir al cambio menos alcance real del que a simple vista parece, pues gran parte de las normas contenidas en el Título II siguen teniendo carácter imperativo¹⁰. Sí resulta afectado el régimen de las viviendas suntuarias. La alusión a las mismas desaparece del artículo 4.2.II. Quedan así sometidas a la misma jerarquía de fuentes que las otras, y que, observemos, no hace prevalecer sin más el pacto, sino el pacto dentro del marco del Título II, por tanto, acatando lo que de imperativo haya en él, cuando según la versión anterior a la reforma, respecto a las viviendas suntuarias no tenían las normas del Título II, tal naturaleza imperativa. Dicho esto, pueden establecerse las siguientes conclusiones:

- I. Se mantiene la imperatividad de lo dispuesto en los Títulos I (arts. 1 a 5) y IV (arts. 36 y 37), que se aplican con carácter general, independientemente de que el arrendamiento sea para vivienda o para uso distinto del de vivienda. Las materias reguladas por los citados Títulos son las siguientes: ámbito de aplicación; definición de arrendamiento de vivienda y de arrendamiento para uso distinto del de vivienda; fuentes reguladoras; supuestos excluidos; y disposiciones comunes: fianza y formalización del contrato.
- II. La referencia al Título V en el artículo 4.1 LAU desaparece. No tenía sentido al haber sido derogados los artículos que lo integraban por la LEC/2000.
- III. El Código Civil se aplica como Derecho supletorio, lo que ya deriva del artículo 4.3 del Código Civil.
- IV. Respecto de los arrendamientos de vivienda y en relación con el contenido del Título II, que se dedica de modo específico a ellos, la dicción del precepto reformado traza la siguiente jerarquía: pacto dentro del marco del Título II y, de modo supletorio, Código Civil.

La cuestión central es entonces qué debe entenderse por «*en el marco de lo establecido en el título II*». Si interpretamos, como creo que hay que hacer, que esto significa respeto de lo imperativo y aplicación de lo dispositivo en defecto de pacto, el cambio del tenor literal de la norma no ha alterado la jerarquía de fuentes. Otra cosa es que haya menos contenido imperativo que antes: ello no trastoca la jerarquía, solo afecta a lo nutrido de cada uno de los niveles, que repercutirá en que el campo de acción de la autonomía privada sea mayor o menor.

- V. No se altera el artículo 6 LAU. De acuerdo con él, la norma imperativa cedia y cede en beneficio del pacto más ventajoso para el inquilino a incluso del perjudicial si la ley lo autoriza. Con esta perspectiva debía interpretarse el juego de lo imperativo tanto antes como ahora.

2. NOVEDADES RELACIONADAS CON LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Bajo el TRLAU/1964, en que las prórrogas forzosas podían convertir el arrendamiento en indefinido, la duración del contrato era una cuestión que preocupaba al dueño, como no podía ser de otro modo, sobre todo combinada con la imposibilidad de actualizar la renta. Pero bajo la LAU/1994, en que la duración mínima es de cinco años y cabe actualizar la renta, ¿cuántos propietarios dirán que es esta duración la que les inquieta y frena su decisión de arrendar? Normalmente sus desvelos irán en otras direcciones: si les pagan o no puntualmente la renta; que les devuelvan la vivienda en mal estado de conservación o con desperfectos; o que si llega la tesitura de desahuciar al arrendatario porque este incumple sus obligaciones, el procedimiento no sea ágil, sino que se ralentice y, entre tanto, queden privados de la posesión de la vivienda, con costes y molestias¹¹. Si el arrendatario es un buen inquilino, que paga la renta y cuida la vivienda, posiblemente el arrendador estará encantado de que el contrato dure no cinco años, sino cuantos más mejor¹². Sin embargo, a pesar de ello, el legislador centra su preocupación en la duración del contrato e incide en ella en varios sentidos. La extensión de este trabajo y su objetivo principal —analizar las nuevas relaciones entre los arrendamientos de vivienda y el Registro de la Propiedad— aconsejan que el análisis de las cuestiones relativas a la duración del contrato se desarrolle con carácter ancilar, incidiendo solo en los aspectos básicos.

La Ley 4/2013 devalúa el plazo mínimo de duración del contrato. Se trata de una medida recurrente en aquellas reformas de la regulación de los arrendamientos, tanto urbanos como rústicos, inspiradas en criterios de política liberal, que buscan encontrar la justicia a través del libre funcionamiento del mercado. Sin embargo, supone una menor garantía de estabilidad para el arrendatario, lo que no puede valorarse desligado de la circunstancia de constituir la vivienda el objeto de un derecho irrenunciable, íntimamente vinculado a la dignidad

del ser humano y con reconocimiento constitucional y en las Declaraciones de Derechos Humanos.

En concreto, la duración mínima se rebaja de cinco a tres años (art. 9 LAU, con repercusión en el texto de los arts. 16.9, 19.1, 20.2 y 36.2 y 3 LAU). Por lo demás, el sistema de plazo mínimo y prórroga obligatoria para el arrendador y voluntaria para el arrendatario, organizado en el artículo 9, sigue funcionando igual que antes de la reforma.

El artículo 10 LAU también se modifica. Se reduce la prórroga tácita o voluntaria que regula, de tres a un año. De esta novedad puede decirse lo mismo que de la rebaja del plazo de duración mínimo, respecto de la que no constituye más que un complemento. En lugar de un mínimo de cinco años más prórroga tácita de tres, la Ley baraja ahora un sistema de tres más uno. Por otra parte, se incorpora al artículo 10 un párrafo referente a la oponibilidad de las prórrogas a un eventual tercer adquirente de la vivienda, presupuesta la inscripción del arrendamiento, supuesto sobre el que reflexionaré más adelante, al tratar de la enajenación del inmueble.

Junto al abaratamiento del plazo mínimo, la reforma amplía la facultad del arrendador de oponerse a la prórroga del contrato hasta el mínimo de tres años, en principio obligatoria para él, por una causa que, con límites más estrictos, ya consideraba la LAU/1994, modificada por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre¹³. Me refiero a la posibilidad, una vez transcurrido el primer año de vigencia del contrato, de recuperar la vivienda por necesidad propia o de determinados familiares de destinarla a residencia habitual. Posibilidad que opera tanto si el arrendamiento está o no inscrito¹⁴. Resulta discutible si lo hace solo a favor del arrendador inicial (o sus familiares) o también en beneficio de aquel a quien este transmita la vivienda (o sus familiares). Esta última parece la solución más conforme con el espíritu liberal de la reforma y con la supresión de la exigencia de pactar la facultad de recobro en el contrato¹⁵. La reforma por Ley 4/2013 altera los siguientes aspectos:

1) La facultad de recuperación solo será efectiva una vez transcurrido el primer año de vigencia del contrato, con independencia de la duración del mismo. Pero quedan algunas cuestiones interpretativas en pie. La citada facultad, ¿opera solo, como se entendía antes de la reforma, en los períodos de prórroga legal del artículo 9.1 sin afectar al plazo de duración inicial pactado, o puede funcionar incluso dentro de este plazo con la única limitación de que haya transcurrido el primer año? Creo que existen razones para seguir manteniendo que la facultad de recuperación solo opera, tras la Ley 4/2013, para evitar las prórrogas obligatorias del artículo 9.1 LAU, pero no para extinguir unilateralmente el contrato antes de que transcurra el plazo de duración libremente convenido por las partes de acuerdo con el primer inciso del artículo 9.1 LAU. Tales razones son las siguientes:

1.º El artículo 9.3 LAU mantiene su expresión inicial, según la cual, «no procederá la prórroga obligatoria del contrato ...», tras la regulación de esta prórroga o prórrogas en el artículo 9.1 y 2, igual que antes de la reforma.

2.º La referencia a la necesidad de que haya transcurrido el primer año de duración del contrato, que añade al texto del artículo 9.3 LAU la meritada reforma, es coherente con lo prescrito (ya antes de la reforma y que se mantiene) en el artículo 9.2 LAU, en el sentido de que la duración inicial legal del contrato será de un año (prorrogable) cuando no se hubiere pactado plazo determinado o este fuere indefinido. Se trata de dejar claro que ese plazo de un año funciona como mínimo inderogable aunque exista una acreditada necesidad de la vivienda por parte del arrendador. Pero no de configurarlo como única limitación a la facultad de recuperación.

De acuerdo con esto puede defenderse que, en la actualidad, coexisten como límites al ejercicio de la facultad de recuperación en los términos en que la Ley la configura: uno, el que haya transcurrido, al menos, el primer año de duración del contrato; y, dos, que solo pueda ejercitarse para enervar las prórrogas obligatorias, pero no dentro del plazo inicial de duración convenido por las partes, que puede ser superior a un año. Tal plazo no podrá eludirse por esta vía. Esta interpretación es la más beneficiosa para el inquilino. Ahora bien, debe entenderse que, salvado el primer año de duración del contrato, es lícito el pacto por el que las partes atribuyan al arrendador (o incluso a quien, eventualmente, adquiera de él la finca) la posibilidad de recuperación del inmueble por necesidad incluso dentro del plazo de duración pactado y no solo en periodo de prórrogas.

2) Se incluye el supuesto de separación judicial de los cónyuges, junto o a la nulidad y al divorcio a la hora de determinar los familiares del arrendador cuya necesidad da paso al ejercicio de la facultad de recuperación, lo que puede verse como una mejora técnica.

3) Se suprime el requisito consistente en que, al tiempo de la celebración del contrato se hubiera hecho constar en el mismo la necesidad para el arrendador de ocupar la vivienda antes del transcurso del plazo mínimo de duración para darle el destino antes indicado. Bajo la versión anterior del artículo 9.3 LAU, no había acuerdo unánime en la doctrina, ni la jurisprudencia menor mantenía unidad de criterio en cuanto a si valía la previsión sobre la eventualidad abstracta, incluyendo en el contrato fórmulas genéricas para cubrirla o debía referirse el contrato a causas concretas de necesidad pese a que estas, por definición, no se daban en el momento de perfeccionarse el contrato¹⁶. La desaparición de esta cautela se suple con el establecimiento de la que a continuación se detalla.

4) Conforme a la nueva regulación, basta que el arrendador comunique al arrendatario su necesidad de recuperar la vivienda al menos con dos meses de antelación a la fecha en que aquella se vaya a necesitar, presupuesto el transcurso de, al menos, el primer año de duración del contrato. Debe interpretarse que la regla se refiere, más bien, a la fecha en que tenga que desalojarla el arrendatario presupuesta aquella necesidad, que podría haber surgido incluso antes. El

arrendatario estará obligado a entregar la finca arrendada en dicho plazo, que destaca por su brevedad, si las partes no llegan a un acuerdo distinto, acuerdo que aconsejo intentar al inquilino. Por otra parte, si este no puede encontrar una nueva vivienda en este corto tiempo o sopesa el trastorno que puede causar a la familia un traslado precipitado, quizá prefiera hacer caso omiso de la comunicación del arrendador y obligar a este a ir a juicio.

5) Igualmente se reduce la cuantía de la indemnización que regula el artículo 9.3 LAU: ya no será igual al importe de la renta por los años que quedaran hasta completar el mínimo legal, sino tan solo la cantidad equivalente a una mensualidad por cada año que restare por cumplir hasta completar tres. La nueva cuantía coincide con la que el artículo 11 establece para la indemnización en caso de desistimiento del arrendatario y a cargo de este último.

En otro orden de cosas, la reforma no aporta nada en relación con una cuestión que puede encubrir un fraude. Ocupada la vivienda por el arrendador o su familiar antes de transcurrir tres meses, ¿existe algún plazo mínimo durante el cual debe mantener en la misma su residencia habitual? ¿Y si al poco tiempo la desalojara, dejándola vacía o la volviera a arrendar? Quizá hubiera sido conveniente establecer — como sí hacía el TRLAU/1964 (art. 68.3) — que de ocurrir esto antes de cierto plazo, el arrendatario primitivo pudiera volver al inmueble, al menos por un nuevo periodo no inferior al que faltara para completar el plazo mínimo cuando tuvo que abandonarlo. En cualquier caso, planteado litigio sobre este extremo, será el Juez el que deba valorar si el arrendador abusó de su derecho, o si la recuperación de la vivienda sirvió efectivamente para satisfacer la finalidad perseguida por la norma: tutelar su necesidad de vivienda. En mi opinión el juicio no puede partir solo de la buena o mala fe con que actuara el arrendador, pues no se trata tanto de sancionar su comportamiento indebido, como de que los intereses del arrendatario no deben claudicar, en este punto, frente a los del arrendador cuando el inmueble no se encuentre destinado a ser usado como vivienda permanente de aquel (o de los familiares que contempla la norma). Es decir, planteado un conflicto de intereses entre el del inquilino en seguir en la vivienda y el del arrendador en recuperar su uso, hay que decidir cuál tiene preferencia. Y el segundo solo puede tenerla cuando destine efectivamente el inmueble a su residencia permanente. Por eso, si aunque hubiera actuado de buena fe, por circunstancias sobrevenidas deja de necesitar esa vivienda y la desocupa antes de que haya transcurrido un «tiempo razonable» debe preferirse la tutela de los derechos del arrendatario. Cuál puede ser este tiempo razonable es algo que, en última instancia, quedará a juicio del tribunal.

No quiero acabar sin unas últimas reflexiones. Cuanto más se reduce la duración mínima del contrato (tres años ahora) menos sentido tiene articular esta posibilidad de recuperación para enervar la prórroga obligatoria que garantiza el cumplimiento del plazo mínimo legal. Acaso no sería descabellado pensar en no estorbar la estabilidad del arrendatario durante ese breve tiempo y que fuera

el propietario o su familiar el que debiera satisfacer su necesidad de vivienda alquilando otra mientras queda libre la que él arrendó, por tan breve plazo, a otro. Sin duda, la ley pretende, una vez más, dar facilidades al propietario para que no sea renuente al alquiler y se dinamice el sector¹⁷. En otro sentido, el arrendador puede tener más dificultades en encontrar un buen inquilino que se establezca en la vivienda a cambio de una renta que a aquel le resulte interesante si el arrendatario corre el riesgo de verse expulsado del inmueble en los términos antes descritos. En aquellos casos en que la contraparte parezca persona seria, podría eludirse por la vía del pacto los problemas que genera el nuevo artículo 9.3 LAU. ¿Cómo? Estipulando la renuncia a esta facultad por parte del arrendador durante el periodo mínimo de duración del contrato, o el que las partes convengan, o limitando los supuestos en que podrá utilizarse la facultad de recuperación a algunos que expresamente se contemplen en el contrato, o pactando una compensación económica superior a la que marca la ley para el supuesto de que se obligue al inquilino a desalojar el inmueble, con la condición de que sea un arrendatario que se encuentre al día en el pago de la renta y devuelva la vivienda en buen estado de conservación. Así, por vía convencional, se lograría un ajuste más equilibrado de la posición de ambas partes y mayor seguridad de que el contrato satisfará los intereses de ambas.

El paquete de modificaciones relativas a la duración del contrato se completa con la ampliación de la facultad de desistimiento reconocida al arrendatario. Las leyes especiales de arrendamientos urbanos han concedido tradicionalmente esta facultad de denuncia al inquilino que, de este modo, dentro del marco legal y como excepción a la regla general del artículo 1256 del Código Civil, podía poner fin a la relación arrendaticia por su sola voluntad. La LAU/1994 la reguló en el artículo 11¹⁸. La Ley 4/2013 la mantiene con el mismo carácter imperativo que antes (es un derecho irrenunciable), pero con una nueva regulación, más favorable al arrendatario. Con anterioridad, la facultad de denuncia unilateral no operaba durante el plazo mínimo de duración del contrato, que era de cinco años. Por otra parte, solo cabía desistir libremente en aquellos contratos con duración pactada superior al quinquenio. Ahora el inquilino puede desistir cualquiera que sea la duración inicialmente pactada y no necesita respetar el plazo mínimo de duración del arrendamiento, ni la prórroga en curso, para hacerlo. Por otra parte, el desistimiento se puede producir tanto vigente el periodo de duración inicialmente pactado, o el supletorio legal, como cualquiera de las prórrogas. El arrendatario solo debe esperar el transcurso de los primeros seis meses de duración del contrato, so pena, si desiste antes, de incurrir en incumplimiento del contrato, con las consecuencias que ello lleva aparejadas. Se modifica también el plazo civil relativo a la antelación con la que hay que comunicar el desistimiento, antes de que este produzca sus efectos, que pasa de dos meses a treinta días¹⁹, lo que también resulta más favorable al arrendatario. El arrendador, en cambio, contará con menos tiempo que antes de la reforma para buscar un nuevo

arrendatario o gestionar de otro modo sus intereses. Pasados treinta días desde la comunicación de desistimiento, el inquilino que continúe en la vivienda lo hará ya como precarista y podrá ser desahuciado por los cauces legales, salvo que las partes convengan, de modo expreso o incluso tácito mediante actos concluyentes, en dejar sin efecto el desistimiento.

La razón de los cambios parece situarse en la voluntad del legislador de compensar al locatario por la grave pérdida de derechos que sufre en otros ámbitos, en especial, como contrapeso al refuerzo del poder del arrendador para recuperar la vivienda en caso de necesitarla. Sin embargo, este «premio de consolación» no tiene mucho sentido en un sistema de plazo mínimo brevísimo, sobre todo en aquellos casos en que el contrato tiene una duración legal mínima inicial de un año (cfr. art. 9.2 LAU), transcurrido el cual, si el arrendatario no quiere que la relación se prolongue más, basta con que manifieste al arrendador con treinta días de antelación su voluntad de no renovar el contrato (cfr. art. 9.1). ¿Qué aporta entonces de justo al sistema esta ampliación de la facultad de desistimiento en los términos que la lleva a cabo la reforma? Alguna autora²⁰ ha sugerido que facilita la movilidad laboral del arrendatario. Pero esto podría haberse resuelto dotando de mayor campo de acción al desistimiento cuando existiera justa causa (p.ej., razones laborales). Después de lo dicho me parece falaz afirmar que el nuevo artículo 11 LAU supone una ventaja para el arrendatario que reequilibra su posición con respecto a la de la otra parte²¹. Además debe tenerse en cuenta que será él quien, en su caso, deba correr con los gastos de cancelación de la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad²², lo que encarece los costes de la operación. Ello sin olvidar, que parece totalmente ajena al espíritu de la reforma, dirigida a «dinamizar el mercado del alquiler de viviendas» y, por tanto, incoherente²³. El legislador priva de estabilidad al arrendatario y, al mismo tiempo, arroja sobre el arrendador toda la incertidumbre acerca de la duración del contrato, derivada de la amplitud de la facultad de desistimiento del inquilino. ¿Cómo va a ayudar esto a que el alquiler de la vivienda se consolide como alternativa a la adquisición de la propiedad? La respuesta es sencilla, y así se ha denunciado ya: no va a ayudar. La conclusión, decepcionante.

III. LA SUJECCIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA A LAS REGLAS DEL SISTEMA REGISTRAL: LA INOPONIBILIDAD DEL ARRENDAMIENTO NO INSCRITO

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Para entender todo el alcance de la reforma que lleva a cabo la Ley 4/2013, hemos de volver la vista atrás, a los antecedentes normativos que regulan el acceso de los arrendamientos inmobiliarios al Registro de la Propiedad.

La LH/1861 admitió la inscripción de ciertos arrendamientos sobre inmuebles: los concertados por un período superior a seis años, y aquellos en que se hubiera anticipado las rentas de tres o más años²⁴. En su Exposición de Motivos hizo una afirmación que ha sido objeto de una viva polémica: la apertura del Registro de la Propiedad a los arrendamientos inmobiliarios lleva implícito el establecimiento de un derecho real. Desde entonces, es una cuestión que ha hecho correr ríos de tinta. Por mi parte, no creo que la inscripción cambie la naturaleza del derecho arrendaticio, es decir que este sea *per se* un derecho personal y cuando se inscriba pase a ser un derecho real²⁵. Como escribiera en su día CAMPUZANO, «podrá discutirse si el arrendamiento es un derecho real o si es un derecho personal, pero lo que no puede admitirse nunca, es que el solo hecho de la inscripción cambie en absoluto el carácter de ese derecho convirtiéndolo en real si no era más que personal»²⁶.

El contrato de arrendamiento y, dentro de la categoría, el de vivienda, nace fuera del Registro de la Propiedad. Perfeccionado de acuerdo con las reglas generales (arts. 1258, 1261 y 1262 CC) y, en su caso, formalizado en escritura pública, cualquiera de las partes puede, en la actualidad, solicitar su inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 2.5º y 6 LH). Tal inscripción no añade nada a la estructura contractual, ni altera la naturaleza del derecho —que corresponde fijar al Derecho civil, no al hipotecario—, pero potencia su eficacia. Dicha eficacia trasciende a las partes y, desde la inscripción, alcanza a los terceros²⁷.

La LH/1869 permitió, en el artículo 2.5º, la inscripción de los arrendamientos inmobiliarios, pero limitándola a tres supuestos. Dos coinciden con la LH/1861; uno es nuevo: a los arrendamientos concertados por un período superior a seis años y aquellos en que se hubiera anticipado las rentas de tres o más años, se unen los que, sin concurrir ninguna de estas circunstancias, cuenten con convenio expreso de las partes para que se inscriban.

El Código Civil se hizo eco de esta norma en diversos preceptos: el artículo 1280; el artículo 1549; y el artículo 1571. El artículo 1549 del Código Civil declara la inoponibilidad frente a terceros de los arrendamientos no inscritos²⁸. Una vez practicada la inscripción del arrendamiento, este será oponible al eventual adquirente posterior de la propiedad o de algún derecho real sobre la finca arrendada, o frente al adquirente o sucesor en la posición jurídica del arrendador, como tal. Pero también frente al adquirente anterior que no tuviera inscrito su derecho cuando la relación locativa accede al Registro de la Propiedad. Ahora bien, aun faltando la inscripción, si el adquirente conoce la existencia del arriendo no puede escudarse en el artículo 1549 del Código Civil para desconocerlo, pues está obligado a respetar el derecho. Como señala BALLARÍN HERNÁNDEZ²⁹: «Los derechos, reales o personales, han de respetarse por todos. Lo que ocurre es que, en ciertas condiciones, no se pueden ejercitar frente a quienes han podido confiar lealmente en su inexistencia. Pero quien la conoce, carece de buena fe para alegar lo contrario. El Registro no añade nada a la calidad o respetabilidad del derecho,

salvo la cognoscibilidad. De modo, que no se inscribe un derecho porque valga más, como tal derecho; sino que es más eficaz porque se inscribe; pero, frente a quien lo conoce, debe valer tanto y ser tan eficaz inscrito como no inscrito. Con todo, hay otras opiniones tan contrarias (un ejemplo de lo que aquí se critica, ofrece la SAP Madrid 563/1997 [Secc. 21ª], de 1 de abril de 2000 [AC 2000, 1764], Fundamento de Derecho Tercero), como autorizadas»³⁰.

El artículo 1571.I del Código Civil, por su parte, consagra la regla «emptio tollit locatio» —no con efectos automáticos, sino a instancia del adquirente—, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Este último matiz hay que entenderlo referido a la oponibilidad respecto de tercero del arrendamiento inscrito en el Registro de la Propiedad. De este modo, el principio, dispositivo, «venta quita renta» jugaría solo respecto de los arrendamientos no inscritos. La publicidad registral reforzaría la posición del arrendatario y redundaría en una mayor estabilidad de este.

Obsérvese que, de acuerdo con estos preceptos, en el caso de no estar la vivienda inmatriculada, el arrendamiento no será oponible al adquirente (entiendo, que salvo que el adquirente lo conozca). De estar inmatriculada, el arrendamiento solo será oponible si estaba inscrito (salvo, entiendo de nuevo, que el adquirente sepa de su existencia). La salvedad es discutida en la doctrina.

La regulación anterior se completaba con las normas de los artículos 13, 14 y 15 RH, referidos, respectivamente, a los subarrendos, subrogaciones y cesiones de arrendamientos, a la inscripción del contrato o pacto de opción de compra, y al derecho de retorno.

El régimen que acabo de describir era aplicable a todos los arrendamientos inmobiliarios, incluidos los urbanos y, entre ellos, los de vivienda. Lo era hasta que la legislación especial arrendaticia decidió extraer del sistema los supuestos incluidos en su especial ámbito de aplicación. Dada la finalidad de este trabajo, obviaré la regulación de los arrendamientos rústicos y centraré mi atención en la relativa a los urbanos.

El TRLAU/1964 dispuso, en su artículo 57 (con precedente en la LAU de 22 de diciembre de 1955), la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario, aun cuando un tercero sucediera al arrendador en sus derechos y obligaciones. En el artículo 74 se añadía: «*el adquirente de la finca, aun cuando estuviese amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones del arrendador*». Así pues, sin necesidad de publicidad registral, tales arrendamientos se imponían, por ley, al tercer adquirente de la finca arrendada o de derechos reales sobre ella. A nadie ha de extrañar pues que, en la práctica, los arrendamientos no se inscribieran aun siendo posible hacerlo.

Como bien es sabido, el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, conocido vulgarmente como «Decreto Boyer», suprimió la prórroga forzosa como contenido legal imperativo del contrato de arrendamiento urbano (aunque podía pactarse

voluntariamente y la supresión no tenía efectos retroactivos) —artículo 9—. Pero, a salvo esto, el artículo 57 TRLAU/1964 seguía aplicándose.

Así estaban las cosas, cuando se promulgó la LAU/1994. La DA 2.^a.1 LAU/1994 dio nueva redacción al artículo 2.5º LH, en el sentido de abrir el Registro de la Propiedad a todos los arrendamientos de inmuebles, sin excepción, así como a los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos. A partir de entonces, no se exige ningún requisito específico de duración ni de otro tipo.

Mediante el RD 297/1996, de 23 de febrero, se establecieron, por vía reglamentaria los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad³¹. De entre todos los aspectos que regula el RD 297/1996 quiero destacar cómo este optó, en coherencia con las reglas generales del sistema registral inmobiliario, por la exigencia de documento público para el acceso de los arrendamientos urbanos al Registro. Así, el artículo 2 dispone que son títulos suficientes para practicar la inscripción del arrendamiento la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato. No era la única posibilidad que se venía planteando, en teoría, en el foro. De hecho, cuando se debatía el Proyecto de 1992, cuya tramitación se vio frustrada por la disolución anticipada de la Cortes Generales en abril de 1993, el Grupo Parlamentario Catalán había propuesto una enmienda (la núm. 269), en la que sugería añadir el siguiente párrafo al artículo 3 LH: «Asimismo, serán inscribibles los contratos expresados en el aptdo. 5º del artículo anterior si constaren en documento privado extendido en cualquier forma legal». La justificación que se alegaba era que «la mayoría de los contratos de arrendamiento se extienden en documento privado y para facilitar el acceso de los mismos al Registro de la Propiedad y evitar los gastos y requisitos de las escrituras públicas debe modificarse el artículo 3 de la Ley Hipotecaria». Esta enmienda no se reproduciría en el debate del Proyecto de 1994. En otro orden de cosas, el RD 227/1996 se decanta por el asiento de inscripción como el adecuado para el acceso del arrendamiento al Registro de la Propiedad (cfr. Art. 6), descartando otras posibilidades, como la anotación preventiva de embargo o la nota marginal, que habían sido defendidas por algunos autores³².

El citado RD debía complementarse con la prescripción que introdujo la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de 1996, conforme a la cual, en la inscripción de los arrendamientos urbanos deberá hacerse mención de la referencia catastral, que previamente deberá constar en la escritura notarial. Sin embargo la falta de constancia de esta referencia no impide ni la autorización de la escritura por el Notario ni la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. Tampoco los errores en la misma afectan a la validez del negocio o de la inscripción. Los artículos de la Ley 13/1996, que regulan los aspectos a los que me acabo de referir, fueron derogados por el RD Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Catastro Inmobiliario [DD Única d)], que pasó a ordenar la cuestión en su artículo 38, posteriormente

modificado por el artículo 10.2 de la Ley 36/2006, de 29 de diciembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

El RD 297/1996 sigue en vigor e inmodificado, a pesar de que la Ley 4/2013 prevé en su DF segunda, que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno adaptará la regulación contenida en el mismo, a las previsiones de la Ley 4/2013, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables. El plazo de seis meses ha transcurrido y no se ha producido la adaptación. Habrá que esperar para ver en qué sentido discurre la futura regulación. Lo más probable es que tienda a facilitar la inscripción de los arrendamientos y la posterior cancelación del asiento, tanto desde el punto de vista económico (reduciendo o, incluso, suprimiendo aranceles) como técnico (en relación con este último punto más en relación con la cancelación de la inscripción que con la inscripción misma). Y por supuesto, deberá proceder a ajustar la redacción de los artículos del RD 297/1996 a la nueva duración de los arrendamientos de vivienda (así, p. ej., el art. 7.1 RD).

2. LA Oponibilidad de los arrendamientos de vivienda frente a derechos concurrentes bajo la LAU/1994

Una vez establecido que todos los arrendamientos inmobiliarios son inscribibles, veamos cómo reguló la LAU/1994 la prioridad y oponibilidad de los arrendamientos frente a derechos concurrentes. Cuando el arrendador-propietario de la finca arrendada (o titular de otro derecho que le confiere el poder de arrendarla) la enajena voluntariamente a favor de otra persona, o cuando aquella es objeto de venta forzosa, o inciden otras causas que determinan la decadencia del derecho del arrendador durante la vigencia del arriendo — como, p. ej., el ejercicio de un retracto, la llegada del turno del fideicomisario en una sustitución fideicomisaria en la que el arrendador era fiduciario, o el ejercicio de un derecho de opción de compra inscrito — (cfr. arts. 14 y 13 LAU/1994), o cuando quien arrendó el inmueble no era propietario del mismo sino titular de un derecho de usufructo, superficie, u otro análogo derecho de goce sobre el inmueble que, dado su carácter temporal, llega a su fin, hay que resolver la concurrencia entre el arrendamiento, que atribuye un poder inmediato sobre la cosa, y el dominio reconocido ahora a favor de persona distinta del arrendador. Este dominio es, por su contenido, compatible con el arrendamiento. No son derechos excluyentes. De lo que se trata es de establecer si el adquirente o el propietario que no es el arrendador debe o no soportar el arrendamiento. Si es así, diremos que este tiene un rango superior o preferente en términos registrales.

La LAU/1994 utilizaba, a tal efecto, dos criterios que, como ha puesto de relieve PAU PEDRÓN³³, coexistían y que, por lo mismo, dotaban de complejidad

al régimen resultante. La finalidad perseguida no era otra que proporcionar estabilidad al inquilino de la vivienda (el sistema le confiere ventajas de las que no goza el arrendatario de inmueble para uso distinto del de vivienda) durante los primeros cinco años de duración del contrato. En esta materia se percibe, con toda su fuerza, la configuración del plazo mínimo de duración del arrendamiento de vivienda como plazo de garantía durante el cual el arrendatario, vigente la versión original de la LAU/1994, está especialmente protegido. Los dos criterios son los siguientes:

En primer lugar, la imposición de la *continuidad del arrendamiento por Ley, al margen del sistema registral y de sus principios*, durante estos primeros cinco años de duración del contrato, en que se blinda la permanencia del inquilino en la vivienda. Se trata de casos en los cuales el arrendamiento continúa o prevalece con independencia de que esté o no inscrito y de que pudiera o no estarlo, pues funcionan tanto en el supuesto de fincas inmatriculadas, como no inmatriculadas. La inscripción registral, aun en el supuesto de darse o poder darse, se devalúa en beneficio del arrendatario. En otro orden de cosas, al ser esta protección independiente de que el arrendamiento esté o no inscrito, el inquilino no tendrá demasiado interés en que su derecho acceda al Registro de la Propiedad. En la práctica, pese a tener abiertas de par en par las puertas del Registro —costes fiscales, notariales y registrales aparte—, es raro que los arrendamientos urbanos se inscriban en él. ¿Para qué si el inquilino tiene en gran parte asegurada su posición, por ley, al margen de la publicidad registral? Desde luego, apenas tenía sentido para aquellos contratos que no tuvieran una duración prevista superior a cinco años.

Eran resultado de la aplicación de este criterio las siguientes reglas, en relación con los arrendamientos de vivienda:

1. La continuidad legal del arrendamiento cuando se trata de fincas *no inmatriculadas* y que, por tanto, funcionan necesariamente al margen del sistema registral. Abarca los casos de enajenación voluntaria de la finca, en que, por aplicación del artículo 14. I y II, primer inciso, el arrendamiento continuará por el plazo de duración mínimo de cinco años, en los términos del artículo 9.1 LAU/1994, o por todo el tiempo pactado si se estipuló por plazo superior. Y también comprende los supuestos en que decaiga (o quede «resuelto») el derecho del arrendador durante la vigencia del arrendamiento por causas que hacían aquel claudicante. En esta última hipótesis, por aplicación del artículo 13.1.I y II, primer inciso, el arrendamiento no se prolongará más allá de cinco años, con independencia de la duración pactada³⁴.

Obsérvese que en el caso de enajenación voluntaria de la finca, la continuidad es por todo el tiempo pactado y, si este fuera inferior a cinco años, por el mínimo legal de cinco años. En cambio, en el caso de resolución del derecho del arrendador por las vicisitudes a que se refiere el artículo 13.1 (que incluye la enajenación forzosa) y otras equiparables³⁵, solo se impone la continuidad del arrendamiento durante los primeros cinco años de duración del contrato.

2. La continuidad legal del arrendamiento cuando el inmueble esté *inmatriculado*, y con independencia de si el arrendamiento está inscrito o no, y de cuál sea la duración pactada, durante los *cinco primeros años* de vigencia del contrato (cfr. art. 14 y art. 13.1.I LAU/1994).

Vemos pues que durante los primeros cinco años de duración del contrato, la posición del arrendatario está blindada y no queda sujeta a los principios hipotecarios, con independencia de que la finca esté o no inmatriculada y de que el arrendamiento esté o no inscrito. No se aplica la regla «venta quita renta» formulada, con carácter general, por el artículo 1571 del Código Civil, al regir, de modo preferente, la normativa especial de la LAU/1994, que se pronuncia, como acabamos de ver, en sentido diferente.

El segundo criterio es la *continuidad de acuerdo con el sistema registral inmobiliario*, es decir, con base en la publicidad registral, por lo que la solución depende de que el arrendamiento se encuentre o no inscrito, siendo la inscripción voluntaria (aunque para poder inscribirlo, la finca debe estar inmatriculada). En este caso, la inscripción mantiene toda la eficacia de la que la dota el sistema registral. Contribuye a la seguridad de los terceros o, si se prefiere, del tráfico jurídico, aunque sea con merma de la estabilidad del arrendatario que no ha inscrito su derecho en la vivienda. En cualquier caso, este criterio solo funciona una vez transcurridos los primeros cinco años de duración del contrato, que como acabamos de ver quedan resguardados tras una muralla infranqueable incluso en contra de las reglas vertebradoras del sistema registral. Dicho de otro modo, la continuidad de acuerdo con el sistema registral inmobiliario solo funciona a partir del año sexto de duración del contrato.

Este criterio rige en el caso de *inmuebles inmatriculados* una vez *transcurridos los cinco primeros años* de vigencia del contrato (arts. 13.1.II y 14.II LH). En este supuesto, el tercer adquirente que —dice la Ley en el artículo 14.II— cumpla los requisitos del artículo 34 LH, no deberá soportar el arrendamiento. Quien no los cumpla, sí (aunque luego matiza, de modo que si las partes pactaron que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, este solo persistirá durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años —art. 14.III—). Hubiera sido más oportuno, como luego defenderé, que la referencia se hiciera al artículo 32 LH (inoponibilidad) y no al 34 (fe pública registral). Igualmente, transcurridos los cinco primeros años de duración del contrato, será oponible el arrendamiento al adquirente en virtud de enajenación forzosa por ejecución de la hipoteca o sentencia judicial y a quienes adquieran el inmueble en virtud del ejercicio de una opción de compra, o como fideicomisarios en sustitución del fiduciario arrendador o en virtud de retracto convencional siempre que el arrendamiento esté inscrito en el Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos que determinan tal adquisición o, en palabras de la LAU, «la resolución de los derechos del arrendador» (la expresión debe interpretarse abarcando cualquier derecho equiparable a los que

cita la LAU de modo expreso) —cfr. Artículo 13.1.II—. Aunque literalmente el artículo 13.1.II se refiere a contratos de duración pactada superior a cinco años, hay que extender la norma a los de duración pactada inferior cuando duren más de cinco años por el juego combinado de los artículos 9.1 y 10 LAU/1994.

Así pues, a partir del año sexto funciona el principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito: si el arrendamiento estaba inscrito, el adquirente deberá soportarlo en toda su extensión registral; si no lo estaba, podrá darlo por concluido, salvo que lo conozca y así se pruebe, pues el Registro de la Propiedad no protege la mala fe, cuestión sobre la que he de volver luego.

Junto a las anteriores, debe considerarse una hipótesis en que también puede extinguirse el derecho del arrendador durante el período de vigencia del arrendamiento, aunque por causas programadas. Ha merecido regulación específica en el artículo 13 que, en este punto, no altera la reforma de 2013. Es el caso de los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, que se extinguirán, sin matices, al término del derecho del arrendador, de acuerdo con la regla «*resolutus iuris concedentis resolvitur ius concessum*» (art. 13.2 LAU/1994, que concuerda con el art. 10 LAR).

Comentario aparte merece, así mismo, el supuesto de arrendamiento concertado por el propietario aparente de la finca, que la LAU/1994 regulaba en el artículo 13.3 y que la reforma de 2013 traslada al artículo 9.4. Dedicaré a este caso un epígrafe específico, al cual me remito.

3. LA REFORMA DE LA LAU POR LA LEY 4/2013. LA VUELTA DE LOS ARRENDAMIENTOS DE VIVIENDA AL REDIL DEL SISTEMA REGISTRAL

La reforma por Ley 4/2013 deshace el sistema tejido por la LAU/1994. Recordemos que en esta, obviando los principios registrales, se garantizaba la continuidad del arrendamiento durante los primeros cinco años de duración del mismo, estuviese o no inscrito. La solución respondía a un criterio de continuidad legal que funcionaba al margen de la publicidad registral. Durante este periodo temporalmente acotado, la ley prefería lo no inscrito frente a lo inscrito y resolvía bloqueando la eficacia típica de la publicidad registral. El adquirente debía soportar el arrendamiento pese a no haber podido obtener información registral del mismo. El fin era dotar al inquilino de estabilidad en la vivienda. La filosofía a la que respondía, de marcado carácter social. El legislador de 2013 abandona totalmente este criterio y opta por someter la continuidad u oponibilidad del arrendamiento a las reglas de juego registrales. Lo que sucede es que lo hace incurriendo en marcados defectos de técnica jurídica. Tampoco está nada claro, por las razones que expondré, que con ello vaya a conseguir el

fin proclamado en la Exposición de Motivos de la Ley: dinamizar el mercado del alquiler³⁶.

Desde otro punto de vista y dado que la inscripción del arrendamiento es voluntaria, puede decirse que la reforma de 2013 deja en manos del arrendatario (al menos cuando la finca está inmatriculada) que su derecho subsista enfrentado con otros concurrentes. La continuidad del arrendamiento está supeditada a que el inquilino haya inscrito o no su derecho. Si la finca no está inmatriculada, aquel, aunque lo desee no podrá inscribir su derecho, con el grave perjuicio que ello le puede suponer. Entiendo que, en el artículo 1554.3º del Código Civil, que obliga al arrendador «*a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*», hay base suficiente para defender que el arrendatario puede exigirle que inste la inmatriculación de la finca para poder él inscribir su derecho. Más dudoso es que pueda considerarse, con base en una interpretación amplia del art. 6.c) LH, que el arrendatario está legitimado para instar él mismo la inmatriculación del inmueble. En cualquier caso, en la práctica, sería este un supuesto de laboratorio.

Estructuraré mi análisis de la siguiente forma. Describiré las nuevas reglas. Señalaré los defectos de técnica que percibo en la regulación. Uno de los más destacados, aunque no nuevo, es la confusión entre los artículos 32 LH (antes 23) —que concuerda con el artículo 606 CC³⁷— y 34 LH o, si se prefiere, entre las reglas de inoponibilidad y de fe pública registral. Sin embargo, como es bien sabido, la interpretación de la recíproca relación entre estos preceptos no es pacífica en la doctrina. Las tesis monista y la dualista —por la cual me inclino³⁸— han protagonizado, a partir de la reforma hipotecaria de los años cuarenta, un enconado debate al respecto, ya clásico³⁹. Por último, valoraré la reforma operada por la Ley 4/2013 a la luz de la finalidad, que según la propia Exposición de Motivos de la Ley, tiene esta: dinamizar el mercado del alquiler.

A) *Las nuevas reglas: colisión de derechos en caso de enajenación voluntaria de la vivienda —artículo 14 LAU— o de decadencia o «resolución» del derecho del arrendador por las circunstancias enunciadas en el artículo 13.1 LAU y otras análogas*

Tras la Ley 4/2013, de 4 de junio, aparentemente, la única forma que tiene el inquilino de quedar protegido con seguridad frente a la enajenación de la vivienda y bloquear el principio «*emptio tollit locatio*», que resurge de sus cenizas, será inscribir su derecho. Digo aparentemente, porque todo depende de la transcendencia que le demos a la publicidad derivada de la situación posesoria del arrendamiento no inscrito (es decir, a la ocupación pública y notoria de la vivienda por el arrendatario) para enervar la buena fe del adquirente. Luego retomaré esta cuestión. El nuevo artículo 7.2 LAU, se refiere a los «*efectos*

frente a terceros del arrendamiento de viviendas», en los siguientes términos: «En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». La norma encuentra aplicaciones concretas en los artículos 9.4, 10.II, 13 y 14 LAU.

Las nuevas reglas para resolver la concurrencia del derecho del arrendatario con otros derechos, se sustentan en la prioridad y la inoponibilidad registral. Podemos sistematizarlas como sigue.

a) Fincas inmatriculadas

Hemos de diferenciar aquí varias hipótesis. Las ordenaré en atención a la inscripción o falta de ella de los derechos concurrentes con el arrendamiento, distinguiendo a su vez, en cada caso, según el arrendamiento esté o no inscrito.

a') Colisión entre el arrendamiento y derechos concurrentes que estén inscritos

Se resuelve conforme a las reglas de prioridad y de inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito. El arrendamiento solo es oponible cuando esté inscrito con anterioridad a la transmisión de la finca (en la hipótesis del art. 14.1 LAU) o con anterioridad a la inscripción de los derechos que hacen decaer al que correspondía al arrendador (en los casos del art. 13.1 LAU). Así se desprende de los artículos 7.2 (formulación general de la norma de inoponibilidad); 10.2 (¡que lo dice muy mal!, en relación con la prórroga tácita); 13.1.I y II (supuestos de «resolución» del derecho del arrendador); y 14.1 (enajenación voluntaria de la vivienda) LAU, tras la reforma por Ley 4/2013. Las referencias al artículo 34 LH deberían haberse hecho, en todo caso, al 32 LH.

La continuidad del arrendamiento inscrito se da por todo el tiempo pactado, con las prórrogas, en su caso, de los artículos 9.1 y 10, con una excepción: si el arrendador y el arrendatario hubiesen pactado que la enajenación extinguiría el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportarlo por el plazo mínimo, que es imperativo y no puede verse afectado por tal pacto, ni siquiera cuando esta estipulación conste inscrita en el Registro de la Propiedad⁴⁰.

En el supuesto del artículo 13.1.II, se establece expresamente que en el caso de que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador, «continuará el arrendamiento por la duración pactada». ¿Quiere ello decir que no son oponibles las prórrogas obligatorias del artículo 9.1 o la del artículo 10.1 que ya esté en marcha o cuyo inicio no se pueda evitar, salvo acuerdo de los interesados, por haber transcurrido el plazo de preaviso? No lo

creo; no creo que el legislador haya querido configurar una excepción al sistema de duración del contrato que organiza en los artículos 9 y 10. Creo más bien, que lo que se deja claro es que el arrendamiento continúa no solo por el plazo mínimo, sino, de ser superior, por todo el plazo pactado⁴¹. Por otra parte, este inciso existía ya en el artículo 13 LAU/1994, antes de la reforma.

En otro orden de cosas, en virtud de las reglas registrales y en puridad técnica, solo sería oponible el contenido del arrendamiento que resultara del Registro, es decir, las cláusulas que tuvieran publicidad registral. Sin embargo, el artículo 14 señala que el adquirente «*quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador*». ¿Permite ello entender que son oponibles incluso las cláusulas no inscritas? Así parece apuntarlo la expresión legal.

Siguiendo con nuestro comentario hay otro aspecto en la nueva regulación que resulta criticable: El artículo 10.2 LAU. El precepto señala que, «*una vez inscrito el contrato de arrendamiento*», la prórroga obligatoria (para el arrendador) del artículo 9.1 LAU y la voluntaria del artículo 10.1 LAU «*se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*». Al margen de que hubiera sido más correcto hacer la referencia al artículo 32, en lo que ya he insistido y sobre lo que he de volver luego, en realidad la regla es absurda, pues si el arrendamiento está inscrito, por definición, no pueden cumplirse los requisitos de tales preceptos, ya que el arrendamiento consta en el Registro, goza, por tanto de publicidad registral y, en consecuencia, es oponible a los terceros, que no podrán alegar nunca que no pudieron conocerlo. En cualquier caso, crítica aparte, la conclusión es que si el arrendamiento estaba inscrito con anterioridad, el adquirente debe respetar las prórrogas (las del art. 9.1, que son obligatorias, y la del 10.1 si estaba ya en curso cuando se produjo la enajenación o, aunque aún no haya empezado, si ya ha transcurrido el plazo de treinta días para preavisar la voluntad de no renovar el contrato a que se refiere el art. 10.1). En cambio, si faltaran al menos treinta días para que venciera el contrato, el adquirente podría notificar al arrendatario que no deseaba renovarlo y enervar la prórroga voluntaria del artículo 10 igual que lo hubiera podido hacer el primitivo arrendador. No porque no se subroge en el arrendamiento más allá de la duración pactada o de la mínima legal del artículo 9, sino precisamente porque se subroga en la posición del arrendador y la prórroga tácita o voluntaria del artículo 10 funciona para él en los mismos términos que funcionaba para aquel. Por eso, si está dentro de plazo, puede todavía manifestar al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato.

b') Colisión entre el arrendamiento y derechos concurrentes que no estén inscritos

Si los derechos que determinan el decaimiento del derecho del arrendador no estaban inscritos, hay que distinguir según lo estuviera o no el arrenda-

miento. Si el arrendamiento figura inscrito, está claro que es oponible, pues juega a su favor toda la eficacia ofensiva de la inscripción (arts. 606 y 1549 CC *sensu contrario*, 32 LH y 7, 13 y 14 LAU). Si el arrendamiento tampoco está inscrito, ¿cuál es la solución? Al tratarse de derechos no inscritos, aquella debe buscarse fuera del sistema registral. La solución será para los casos de «resolución» del derecho del arrendador, la aplicación del artículo 13.1 LAU: extinción del arrendamiento. En cuanto al supuesto de enajenación voluntaria de la finca, el artículo 14 presenta, en este punto, una laguna, pues no regula la hipótesis de finca inmatriculada cuando el arrendamiento no se ha inscrito, sino que dedica, de modo expreso, su primer número al caso de finca inscrita (*rectius*, inmatriculada) en que el adquirente haya, a su vez, inscrito, y el segundo al de finca no inscrita (*rectius*, no inmatriculada). Recordemos que, en la hipótesis que ahora barajamos, la finca está inmatriculada, pero ni el arrendamiento ni el derecho del adquirente han accedido al Registro de la Propiedad. Encuentro que la solución debe ser la misma, por identidad de razón, que la arbitrada para el caso de finca no inscrita en el artículo 14.2 LAU⁴² que desarrollaré en el epígrafe siguiente: posibilidad de dar por extinguido el arrendamiento por remisión al artículo 1571.I, con el plazo de gracia de tres meses y el derecho a indemnización que regula el artículo 14.2 LAU.

Un último apunte: el nuevo artículo 14 se refiere a la finca arrendada como vivienda, «en todo o en parte», precisión que no existía antes de la reforma por Ley 4/2013. ¿Qué alcance tiene este matiz? Creo que el inciso debe interpretarse en relación con el artículo 2.1 LAU, que declara aplicable la regulación de la LAU relativa al arrendamiento de vivienda cuando este sea el destino primordial, no necesariamente exclusivo, del inmueble. No queda, pues, excluida la aplicación de este régimen cuando el inmueble se dedique además de a vivienda y siempre con carácter accesorio, a otros usos, p. ej., un despacho o una pequeña industria doméstica, siempre que ello sea posible en el caso concreto sin constituir incumplimiento contractual. Aunque el artículo 14.1 no hubiera incluido este matiz, que no se reitera en otros preceptos, la solución sería la misma, pues estos supuestos se rigen por el Título II LAU.

b) Fincas no inmatriculadas

Al no estar inmatriculada la finca, las cosas funcionan fuera del sistema registral, y, por tanto, la posible concurrencia de derechos debe resolverse al margen de sus normas. Dicho esto, la LAU regula en preceptos separados el supuesto de enajenación voluntaria de la vivienda y los que aglutina bajo lo que llama «resolución» del derecho del arrendador vigente el arrendamiento. Al primero dedica el artículo 14; los segundos anidan en el artículo 13. En este punto, la exposición resultará más clara si la ordenamos distinguiendo

entre ambos, pues el artículo 13.1.III presenta específicos problemas de interpretación.

a) Enajenación voluntaria de la finca (art. 14)

El nuevo artículo 14.2 LAU se refiere de modo expreso al supuesto de que la finca no esté inmatriculada y remite a lo dispuesto en el artículo 1571.1 del Código Civil. Téngase en cuenta que, en virtud de este último precepto, la extinción del arrendamiento no es automática, sino que el adquirente tiene derecho a poner fin al mismo, derecho que puede o no ejercitar. A continuación, el artículo 14.2 añade que *«(s)i el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen»*.

Esta indemnización es la misma que contempla el propio artículo 1571 del Código Civil en su número 2, *in fine*. Resulta aplicable la doctrina y jurisprudencia establecida en relación con la misma. Tal indemnización sustituye a la que regulaba el antiguo artículo 14 LAU, cuyo montante correspondía, por disposición expresa de la Ley, a una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que no se vaya a cumplir. Ahora la carga de la prueba de la existencia y cuantía de los daños corresponde al inquilino y será dicha prueba la que determine el montante de la compensación económica. Otra cosa es que los Tribunales se dejen llevar por la inercia del sistema anterior al cuantificar la indemnización.

En cuanto al «plazo de gracia» de tres meses, tiene por finalidad que el arrendatario pueda proveer a sus intereses, buscando una nueva vivienda en la que residir.

Hay que entender que aunque el adquirente no haga uso de su facultad de dar por extinguido el contrato de arrendamiento porque le resulte provechoso seguir con este, el arrendatario, ante la modificación subjetiva, podrá también optar por dar por finalizada la relación arrendaticia.

Por otra parte, como veremos, cuando el arrendamiento fue concertado por el propietario aparente y este enajena la finca, se aplica igualmente la remisión al artículo 1571 CC (art. 9.4.segundo inciso LAU). Después profundizaré en este supuesto, al que dedico un epígrafe específico, dadas sus peculiaridades.

b) «Resolución» del derecho del arrendador *ex* artículo 13 LAU

El artículo 13.1.III LAU dispone: *«Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita (sic.) se estará a la duración establecida en*

el apartado 4 del artículo 9». Por su parte, el artículo 9.4, que regula el arrendamiento por propietario aparente, establece: «*Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca su propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1.571 del Código Civil. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1.571 del Código Civil, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados*». El artículo 13.1.III es una de las reglas más oscuras y de difícil interpretación de la reforma. Oscuridad por otra parte innecesaria y que obedece a un grave defecto de técnica jurídica. Tan grave que hace que las conclusiones sobre cómo hay que entender la norma no sean seguras. Basta, para justificar la anterior afirmación, con observar lo siguiente:

Por su ubicación sistemática, dentro del artículo 13.1 y a continuación de los párrafos primero y segundo del mismo número, y dado el tenor literal del párrafo tercero al definir su supuesto de hecho («*Cuando se trate de un arrendamiento de finca no inscrita ...*»), sin más precisión que acote la hipótesis) parece que el artículo 13.1.I y II regula el supuesto de finca inmatriculada y el artículo 13.1.III el de finca no inmatriculada, en relación con aquellos casos en que se «resuelve» o cede el derecho del arrendador. La cuestión, sin embargo, se enturbia cuando atendemos a la consecuencia jurídica del artículo 13.1.III, que se establece por remisión a otro artículo: el 9.4, precepto que, en su supuesto de hecho, combina la circunstancia de no estar inmatriculada la finca con otra a la que no se refiere el artículo 13: haberse concertado el arrendamiento por un propietario aparente. No acaba ahí la cosa. El asunto todavía se complica más si tenemos en cuenta que bajo la redacción original de la LAU, vigente hasta la reforma de 2013, la referencia a la continuidad de los arrendamientos concertados por propietario aparente se contenía en el artículo 13, en un número 3 que ahora ha desaparecido, y que ha sido la citada reforma la que ha desplazado el supuesto (y alterado su regulación) hasta el artículo 9.4 (intitulado «Plazo mínimo»). A estas alturas, es normal que el lector se encuentre confuso y es fácil captar ya las dificultades de interpretación que plantea la norma. Entre ellas, no es menor la de determinar si la remisión del artículo 13.1.III al artículo 9.4 lo es solo en relación con la consecuencia jurídica (continuidad o no del arrendamiento y plazo por el que, en su caso, persiste) o lo es también al supuesto de hecho (finca no inscrita cuando el arrendamiento se concertó con un propietario aparente). Si lo primero, en el artículo 13.1.III estaremos hablando de si continúan o no y por cuanto tiempo los arrendamientos concertados por el verdadero propietario cuando la finca

no estaba inscrita y su derecho se resuelve o cede por los motivos que señala el artículo 13.1.I (y otros análogos). Si lo segundo, estaremos hablando de si continúan o no y por cuanto tiempo los arrendamientos concertados por un propietario aparente, cuando la finca no está inmatriculada ¡y se resuelve su derecho por las causas del artículo 13.1.I! No parece muy coherente esto último. Si se descubre que el arrendador no era verdadero propietario el problema será que deba restituir la finca a quien sí lo sea o que aquel la haya enajenado a favor de otra persona que pueda verse protegida (de hecho, estos son los casos que se plantea el artículo 9.4, en sus incisos segundo y tercero). Si el problema es que el derecho «aparente» del arrendador se resuelve por las causas del artículo 13.1.I y hay que determinar si continúa el arrendamiento o no es porque, en la práctica, no consta que ese derecho que se ha «resuelto» sea solo aparente, sino que está pasando por verdadero y como tal se le tratará.

A la vista de lo anterior diría que, de entre las interpretaciones posibles en teoría, destacan las dos siguientes:

1) La remisión del artículo 13.1.III al artículo 9.4, lo es en cuanto a la oponibilidad y, dada esta, en cuanto al plazo de duración del arrendamiento (esto es, a la consecuencia jurídica del art. 9.4). No alcanza la remisión, en cambio, al supuesto de hecho del artículo 9.4. Esto es, en el artículo 13.1.III no ha de tratarse de un arrendamiento por propietario aparente (el art. 13.1.III dice simplemente «*cuando la finca no esté inscrita*», no cuando la finca no esté inscrita y el arrendamiento se haya concertado con un propietario meramente aparente).

Así, según esta primera posible interpretación, si la finca no está inmatriculada (en cuyo caso tampoco podrá haber accedido al RP el derecho arrendaticio), el arrendamiento continúa por el plazo establecido en el artículo 9.4. Pero esto no acaba de resolver el problema, pues el artículo 9.4 tiene tres incisos: en el primero, que se aplica a las relaciones entre arrendador y arrendatario, establece una duración de tres años en los términos del artículo 9.1; en el segundo, que atiende al supuesto en que el arrendador propietario aparente enajene la finca, se remite al artículo 1571 del Código Civil; y en el tercero, que contempla el caso de que el arrendador-propietario aparente sea vencido en juicio por el *verus dominus*, reenvía de nuevo al artículo 1571 del Código Civil. La remisión al artículo 1571 dado que estamos en una hipótesis de finca no inmatriculada implica que puede darse por extinguido el arrendamiento salvo pacto en contrario. La pregunta es, entonces, a cuál de los tres incisos ha de entenderse hecha la remisión del artículo 13.1.III. Si al primero, en la hipótesis que analizamos (conurrencia del arrendamiento con derechos que provocan la «resolución» del derecho del arrendador cuando la finca no está inmatriculada) el arrendamiento durará tres años en los términos del artículo 9.1 (así, p. ej., el fiduciario o el adjudicatario en venta forzosa deberán respetar por ese plazo, el arrendamiento). Si al segundo o al tercero, el contrato de arrendamiento podrá declararse extinguido. En el primer caso, el arrendatario saldrá favorecido si la

finca no está inmatriculada en comparación con el caso en que sí lo esté y él no haya inscrito. Puede decirse para justificarlo, que aquí no pudo inscribir su derecho de arrendamiento aunque hubiera querido, por no haber accedido la finca al Registro de la Propiedad, mientras que en el primer caso no inscribió porque no quiso.

Sin embargo, la solución no resulta coherente con la que se da para otros supuestos de finca no inmatriculada en los que el arrendamiento no inscrito, enfrentado con derechos concurrentes, se extingue: sin ir más lejos, el del artículo 14.2. De ahí que parezca más coherente con el sistema entender hecha la remisión a los párrafos segundo y tercero del artículo 9.4, que se remiten al artículo 1571 del Código Civil. De este modo, la solución será la misma en el caso de enajenación voluntaria de la finca y en el de enajenación forzosa o en el resto de supuestos del artículo 13 LAU.

2) Una segunda interpretación posible (que me parece peor que la anterior) consiste en entender que el 13.1.III se refiere a fincas no inscritas en que, además, el arrendamiento se hubiera concertado con propietario aparente. Es decir, la remisión que el artículo 13.1.III hace al artículo 9.4 no lo es solo a la consecuencia jurídica relativa al tiempo de duración del arrendamiento, sino también al supuesto de hecho (arrendamiento no inscrito concertado con propietario aparente). Si en este caso entendemos que la relación locativa durará los tres años a que se refiere el artículo 9.4, primer inciso, resultaría mejor tratado el inquilino que, no estando inmatriculada la finca, contrató con un propietario aparente (y que puede seguir hasta cumplir el plazo de tres años en la vivienda), frente al que contrató con el propietario verdadero estando inmatriculada la finca pero no inscrito el arrendamiento (que verá extinguido su arrendamiento por el art. 13.1.I). Por otra parte, ya he dicho que parece absurdo pensar en el caso de un arrendador propietario «aparente» que ve su derecho «aparente» resuelto por las causas del artículo 13.1.I, salvo que no se haya descubierto que el derecho de aquel es meramente aparente y, por tanto, sigue funcionando todo como si se tratase de un verdadero propietario, aplicándose el régimen propio de este.

Además, de optarse por esta interpretación, hay que inquirir qué régimen se aplicaría a fincas no inscritas cuando el arrendamiento se concertó con el verdadero propietario pero se resuelve su derecho por alguna de las causas que cita el artículo 13.1.I u otra análoga. Debería ser la regla general del artículo 13.1.I, con el resultado de ser peor tratado quien concertó con el verdadero propietario que quien lo hizo con el propietario aparente.

Habrà que esperar a ver si los tribunales, de tener la ocasión de hacerlo, arrojan alguna luz sobre la interpretación de la norma. Por mi parte aconsejo su pronta modificación en cuanto el legislador tenga la oportunidad de hacerlo.

B) Arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble

La reforma de 2013 no ha alterado la regulación específica del supuesto, que se contiene en el artículo 13.2 LAU: el arrendamiento se extinguirá, en cualquier caso, al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la LAU. Como la Ley 4/2013 no supone ninguna novedad en esta materia, no me detendré más en el supuesto, al que resulta aplicable la doctrina y jurisprudencia recaídas hasta el momento.

C) Análisis específico del arrendamiento de cosa ajena o «a non domino», concertado por propietario aparente

El problema que resuelve la Ley no es el de la validez del contrato (que debe encontrar una respuesta paralela a la de la venta de cosa ajena)⁴³, sino el de la oponibilidad del arrendamiento al verdadero propietario de la vivienda y a terceros que adquieran derechos sobre la finca. La norma se ubica, tras la reforma por Ley 4/2013, en el artículo 9.4 LAU, como si se tratara de una cuestión de duración, cuando esta no es sino tangencial. En realidad lo que importa no es tanto o no solo el plazo de duración del arrendamiento en este supuesto sino la eficacia del mismo y su oponibilidad frente al verdadero propietario y frente a terceros.

Antes de la reforma, la regla anidaba en el artículo 13.3 LAU. Es esta norma la que ahora se traslada de lugar, desde el precepto dedicado a la «resolución» del derecho del arrendador y sus efectos en relación con el arrendamiento, hasta la artículo destinado a regular la duración mínima del contrato. Al mismo tiempo, sufre algunos cambios significativos de contenido.

No es el menor de ellos que la antigua regulación se refiriera tanto al supuesto de finca no inmatriculada, en que la apariencia de dominio derivará fundamentalmente de actos posesorios, como al de finca inmatriculada respecto de la que el Registro de la Propiedad declara ser A su propietario cuando en realidad lo es B. Tras la reforma de 2013, el artículo 9.4 LAU obvia la segunda hipótesis y se ciñe al primero de los casos, con las consecuencias que luego veremos.

El supuesto de hecho, en la actualidad, se compone de los siguientes datos:

- 1) Se trata de una *finca no inmatriculada*.
- 2) El arrendatario concierta, de *buena fe*, el arrendamiento con persona que, en ese momento, «*parezca ser propietaria* en virtud de un *estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario*». Es decir, se trata de un propietario (o titular —entendiendo— de otro derecho real que permita ceder

en arrendamiento) aparente. La apariencia debe estar basada en una situación fáctica, posesoria, de suficiente entidad para que el error sea excusable, o, dicho de otro modo, para que el arrendatario pueda razonablemente confiar en tal apariencia. La buena fe se presume salvo prueba en contrario.

Se trata pues de un sujeto que realiza actos típicamente dominicales, se comporta como propietario, posee en concepto de propietario, lo que genera la apariencia de que lo es. Pero además, ese comportamiento —y tome buena nota de ello el lector por lo que luego diremos— se encuentra facilitado, e incluso respaldado o propiciado por la acción u omisión del «*verus dominus*». MARÍN LÓPEZ (2002, 329), pone los siguientes ejemplos: ha nombrado un representante con amplios poderes sobre la cosa, o ha celebrado una transmisión fiduciaria de la vivienda, o de hecho ha abandonado sus derechos dominicales, etc., lo que facilita que otra persona ostente pública y notoriamente una titularidad que, en realidad, no le pertenece.

Finalmente, en relación con la buena fe del arrendatario, entiendo que la norma debe ponerse en relación con el artículo 1320.II del Código Civil, según el cual, «*La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe*».

Perfilado así el supuesto de hecho, se establecen las siguientes consecuencias jurídicas. Todas ellas atienden a la eficacia del arrendamiento, pero frente a tres sujetos distintos: el arrendador «*non dominus*»; el eventual adquirente a quién aquel transmite la vivienda; y el verdadero propietario que demuestra su derecho y vence en juicio. La LAU no se pronuncia expresamente sobre la suerte del arrendamiento ante la presencia de un adquirente del inmueble en favor de quien enajenó el verdadero propietario.

a) Primera regla

El arrendamiento «también» durará tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1 LAU —dice el artículo 9.4 LAU—. Parece que la norma se aplica solo al arrendador y no al eventual adquirente o al *verus dominus* frente a quienes no es oponible el arrendamiento, como se desprende de las reglas siguientes, que luego analizaré.

Entiendo (y así parece deducirse del adverbio «también», que emplea el precepto y que gramaticalmente enlaza con el régimen dispuesto en los apartados 1 a 3 del propio art. 9) que la referencia a los tres años lo es a un plazo mínimo, sujeto a las reglas del artículo 9.1 y 2, sin perjuicio de que se haya pactado uno superior que el arrendador-propietario aparente deberá respetar. En definitiva, la eficacia del arrendamiento en relación con el arrendador-propietario aparente es la misma que tendría frente a un arrendador verdadero propietario (o titular de derecho que confiera el poder de arrendar).

Obsérvese, por otra parte, que mientras nadie ponga en cuestión el defecto de titularidad del arrendador, todo funcionará, en la realidad, como si este fuera el verdadero propietario.

b) Segunda y tercera reglas

La conclusión anterior debe entenderse sin perjuicio de que si el arrendador «non dominus» enajena a un tercero (que sea de buena fe) o es vencido en juicio por el verdadero titular, estos no deban respetar el arrendamiento, como se desprende de las reglas que a continuación formula el precepto y como resulta de una interpretación sistemática con el nuevo artículo 14.2 LAU.

a) Enajenación de la vivienda por el arrendador-propietario aparente

Si el arrendador (que es el propietario aparente) enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1571 del Código Civil (art. 9.4, segundo inciso LAU). Esto es, el inquilino puede ser expulsado de la finca en beneficio del adquirente que confió en la apariencia y, precisamente, para proteger tal confianza en una apariencia razonable, por lo cual, el adquirente deberá serlo de buena fe, es decir, no deberá conocer la existencia del arrendamiento, aunque el precepto no lo diga de modo explícito. De ahí que la solución (*venta quita renta*) sea distinta a la que se da respecto del propio arrendador-no propietario, que en virtud del artículo 9.4, primer inciso debe respetar el arrendamiento por el plazo mínimo de tres años en los términos del artículo 9.1.

La solución consistente en poder dar por finalizado el arrendamiento, coincide con la que establece el artículo 14.2, segundo inciso para el caso de que el arrendador-verdadero propietario enajene la finca.

Sea como sea, estamos hablando del adquirente de un *non dominus* y de una finca no inmatriculada, por lo que tal adquirente nunca podrá ser tercero hipotecario, ni verse, por tanto, protegido por la fe pública registral (art. 34 LH). No habrá pues adquirido la propiedad, salvo que transcurran los plazos de la usucapión (¡mucho más largos que los de la duración del arrendamiento, con lo que ya no habrá entonces, de darse el caso, conflicto con este!). Así las cosas, podría el verdadero propietario reivindicar el inmueble y, si triunfase en su pretensión, sería con él con quien tendría que verse las caras el arrendatario. Esto nos reconduce al último inciso del artículo 9.4 LAU que, aunque en su literalidad se refiere al supuesto de que el arrendador «non dominus» sea vencido en juicio por el verdadero dueño, debe aplicarse también, por analogía, o, si se prefiere, mediante una interpretación extensiva, a la hipótesis de que el adquirente del «non dominus»

sea vencido en juicio por el verdadero propietario. A esta regla me refiero en el apartado siguiente.

La solución del artículo 9.4, segundo inciso, como antes decía, guarda coherencia con la del nuevo artículo 14.2 LAU. Entiendo que, por analogía, debe aplicarse en el caso presente la regla, que contiene el artículo 14.2 LAU, en el sentido de que si el adquirente decide dar por extinguido el arrendamiento, «*el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente*». Ambos casos guardan identidad de razón, sin que se encuentre justificado, en este punto, un trato diferente. Trato discriminatorio que, por otra parte, dejaría desprotegido al arrendatario en el caso del artículo 9.4, segundo inciso y atentaría contra su derecho a una vivienda digna. El legislador debería haber sido más cuidadoso y haber incluido la regla en el artículo 9.4.

b') Victoria en juicio del verdadero propietario

Si el arrendador (que es el propietario aparente) fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, de nuevo señala el artículo 9.4 que se estará a lo dispuesto en el artículo 1571 del Código Civil, además de que a aquel le corresponderá indemnizar los daños y perjuicios causados al inquilino si el propietario victorioso decide, en ejercicio del citado precepto, desalojarlo de la vivienda. Recordemos que este precepto formula el principio *venta quita renta* salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En el caso que analizamos no se ha producido la venta o enajenación del inmueble, sino que el propietario aparente ha sido derrotado por el verdadero propietario; la remisión al artículo 1571 del Código Civil debe entenderse hecha a la consecuencia jurídica, aunque los supuestos de hecho no coincidan. En cuanto a dejar a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, carece de sentido en nuestro caso, pues la vivienda no está inmatriculada, por lo que el conflicto debe resolverse al margen de las reglas registrales.

Cabe plantearse si también en esta hipótesis el verdadero propietario triunfante debe dejar tres meses al arrendatario para abandonar la vivienda. Las soluciones, en teoría pueden ser dos: entender aplicable por analogía el artículo 14 y responder en sentido positivo; o contestar en sentido negativo por cuanto el artículo 9.4 no se refiere a esta ventaja. Para decantarnos por una u otra respuesta debemos analizar hasta qué punto existe identidad de razón entre el conflicto de intereses que protagonizan el arrendatario y un subadquirente, o el arrendatario que contrató con el propietario aparente y el *versus dominus*, a estos efectos. En mi opinión debe entenderse aplicable el plazo de gracia de tres meses. Si otras razones no bastaran para justificarlo, debería ser suficiente

la responsabilidad que tiene el verdadero dueño en la creación de la apariencia en la que confió el arrendatario. Es un defecto de técnica jurídica de la reforma —uno más— el no haberlo previsto expresamente así.

La conclusión anterior, según la cual el *verus dominus* puede dar por extinguido el arrendamiento, resultaría más o menos cómoda si no fuese porque ¡el verdadero dueño era el que había generado la falsa apariencia en la que confió el inquilino! No parece lógico, desde el punto de vista de la justicia, que quien dio pie a que el arrendatario concertara el arrendamiento con el propietario aparente pueda luego desconocerlo. El *verus dominus* es responsable de la situación y, de algún modo, debe afrontar los riesgos que él mismo ha contribuido a crear. En la versión antigua de la regla, que recogía el artículo 13.3 LAU/1994, el *verus dominus*, responsable de la apariencia de que otro lo era, no merecía poder dar por finalizado el arrendamiento y debía soportarlo en los términos de la citada norma, que disponía: «Durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1». Es decir, antes de la reforma, también el adquirente y el *verus dominus* debían soportar el arrendamiento durante su plazo de duración mínimo (antiguo art. 13.3 LAU/1994).

La nueva regulación, contenida en el artículo 9.4, les permite, en cambio, a uno y a otro, dar por extinguido el arriendo, por remisión al artículo 1571 del Código Civil. Si esto es así, no tiene ningún sentido la insistencia en que el propietario aparente parezca serlo «en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario». La idea, que se conserva quizás por inercia, carece absolutamente de razón de ser si la consecuencia no va a ser hacer soportar a ese *verus dominus* «negligente» el arrendamiento (como sucedía en la versión original de la LAU/1994), sino todo lo contrario. Se trata, de nuevo, de un grave defecto de técnica jurídica. Hubiera sido mejor omitir el inciso. Ahora bien, como no ha sido así, y en el supuesto de hecho de la norma se mantiene la exigencia de que la apariencia en la que se fundó el arrendatario para concertar el arrendamiento con el falso dueño sea imputable al verdadero propietario, no tiene justificación que este, sin más, pueda dar por concluido el arrendamiento y desalojar al inquilino, que sin culpa alguna, buscó, por ese medio, resolver su necesidad permanente de vivienda. Por eso encuentro defendible que en este supuesto, el *verus dominus* indolente que recupera la finca deba soportar el arrendamiento durante el plazo mínimo de duración legal regulado en el artículo 9.1 LAU, precisamente porque él, con su comportamiento, provocó la situación en la que se encuentra el inquilino, operando la remisión al artículo 1571 del Código Civil una vez transcurrido dicho plazo⁴⁴. O de no admitirse esto, que se entienda que es corresponsable de los daños y perjuicios ocasionados al inquilino por su desalojo. El arrendador propietario aparente sería

responsable contractual de estos daños y el verdadero propietario que decide dar por extinguido el arrendamiento, responsable extracontractual de los mismos.

¿Y si el *verus dominus* no hubiera contribuido a crear la apariencia en que confió el inquilino? En este caso está más justificado que pueda dar por extinguido el contrato de arrendamiento sin respetar el plazo mínimo de duración, pues no es responsable de la situación. El supuesto no se encuentra comprendido, aunque la omisión resulte criticable, en el tenor literal del artículo 9.4 LAU. Pero podríamos extender al mismo, o aplicar, por analogía la regla del artículo 9.4, último inciso o, sin hacer escala en este precepto, directamente la del artículo 1571 del Código Civil.

c) En especial, la indemnización a cargo del arrendador propietario aparente y el «plazo de gracia» a favor del inquilino

Entiendo que la indemnización a cargo del arrendador-propietario aparente procede no solo cuando es vencido en juicio por el verdadero propietario (único caso en que el art. 9.4 LAU regula expresamente tal indemnización), sino también cuando, como consecuencia de su enajenación de la finca, *venta quita renta*, por aplicación del artículo 1571.2, *in fine*, del Código Civil. Creo que es mala técnica jurídica que el 9.4 LAU solo aluda a la indemnización en uno de los casos y omita cualquier referencia en el otro. Hubiera sido mejor que o bien la omitiera en ambos casos y derivara directamente del artículo 1571, *in fine*, del Código Civil o se hubiera referido a ella, a mayor abundamiento en ambos supuestos. No veo razón para dar un trato diferente a las dos hipótesis en relación con la indemnización y por tanto no creo que deba prosperar una interpretación literalista según la cual si el artículo 9.4 LAU la cita en uno y no dice nada en otro, es porque solo quiere que se aplique en una de las hipótesis.

Además, en los supuestos que regula el artículo 9.4 LAU, segundo y tercer inciso, creo que podría aplicarse, por analogía, el plazo de gracia de tres meses regulado en el artículo 14.2 LAU, en el caso de que se dé por extinguido el arrendamiento. Así pues, debería serle notificada (el art. 14.2 LAU califica la notificación como fehaciente) al arrendatario la extinción del arrendamiento en ejercicio del derecho reconocido por el artículo 1571 del Código Civil, en relación con el artículo 9.4 LAU. A partir de la notificación podría continuar en la vivienda durante tres meses, pagando la renta y las demás cantidades que se devenguen al adquirente o al verdadero propietario, según sea el caso.

c) Enajenación de la finca por el verdadero propietario

Otra cuestión que deja sin resolver el precepto es qué ocurre cuando el *verus dominus* (no el arrendador-propietario aparente) enajena la vivienda arrendada

por el propietario aparente, a un tercero. ¿Cómo se resuelve el conflicto de intereses entre el adquirente y el arrendatario? Entiendo que habrá que aplicar el artículo 14.2 LAU: remisión al artículo 1571 del Código Civil, con posibilidad para el inquilino de continuar durante tres meses en el arriendo. El problema está en la indemnización que el artículo 14.2 LAU, y el 1571 del Código Civil, imponen al vendedor (verdadero propietario-arrendador) frente al inquilino. Tiene sentido en ese caso, pues la misma persona que arrendó y que, por ello, se obligó a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo que durase el contrato (cfr. art. 1554.3º CC), es la que ahora enajena la finca en perjuicio del arrendatario e incumpliendo la citada obligación. Pero en la hipótesis que consideramos, el verdadero propietario no fue quien arrendó la finca ni contrajo frente al arrendatario obligación contractual alguna. Ahora bien, sí que creó o favoreció con su comportamiento negligente la apariencia de que el arrendador era el verdadero propietario. Por ello, podría tener sentido hacerle responder con una indemnización, que tendría como fundamento una responsabilidad extracontractual.

d) El arrendamiento por dueño aparente cuando la finca está inmatriculada

¿Qué ocurre si la finca está inmatriculada pero el asiento no concuerda con la realidad extrarregistral y el titular registral (falso propietario) la arrienda? Se trata de un supuesto que no considera de modo expreso la LAU, tras la reforma por Ley 4/2013. El artículo 9.4, según redacción vigente, comienza diciendo, de forma categórica: «*Tratándose de finca no inscrita (sic.) ...*».

El antiguo artículo 13.3 LAU sí que se fijaba en esta hipótesis, aplicando la misma solución con independencia de que la falta de titularidad se ocultara tras una apariencia registral o fáctica —y, en este último caso, la apariencia fuera imputable al *verus dominus*—: el arrendamiento duraría cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1 LAU⁴⁵, y con independencia de que el arrendamiento se inscribiera o no. Se anteponía el interés del arrendatario que confió en la apariencia de que quien le arrendaba la vivienda tenía el poder de hacerlo, frente a los intereses del verdadero propietario. La solución era coherente con la consideración del plazo mínimo como plazo de garantía y la que se daba a la enajenación de la finca por el arrendador verdadero propietario en el antiguo artículo 14 LAU. El arrendatario se veía protegido aunque no inscribiera su derecho. Recordemos, además, que, por entonces, no regía la regla de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito.

¿Qué consecuencia se aplicaría en la actualidad a este supuesto, que no contempla, repito, de modo expreso el nuevo artículo 9.4 LAU? En relación con el arrendador, este debe respetar el arrendamiento en los términos pactados. Pero, ¿qué decir del conflicto entre el inquilino y el «*verus dominus*» o el inquilino

y un eventual adquirente de la finca? Entiendo que la concurrencia de derechos ha de resolverse de acuerdo con los principios registrales, con las consecuencias que se exponen en los epígrafes siguientes, según el arrendamiento haya accedido o no al Registro de la Propiedad.

a) Arrendamiento no inscrito

La respuesta a la pregunta de si el verdadero dueño que recupera la finca debe soportar o no el arrendamiento no inscrito, debe ser la misma que en el caso de fincas no inmatriculadas, al que me he referido *supra*, lugar al que me remito. No debe soportarlo. Al no estar inscrito el arrendamiento no juega la eficacia ofensiva de la inscripción. El arrendatario no está protegido por la fe pública registral ni por la regla de inoponibilidad, dado que no ha inscrito su derecho, lo que sería necesario para que la publicidad registral le amparase.

En otro orden de cosas, si el arrendador (que no es el propietario real, pero es el titular registral) enajena la finca arrendada y el arrendamiento no está inscrito, el sujeto que adquiera de aquel la propiedad de la finca de buena fe, a título oneroso e inscriba su derecho, mantendrá su adquisición y, además, no le será oponible el arrendamiento, salvo, entiendo, que lo conozca.

Ahora bien, en el plano de los argumentos, debe distinguirse entre la adquisición de la propiedad y la liberación de la carga del arrendamiento, en el sentido que a continuación se expone.

En relación con el primer aspecto —adquisición de la propiedad de la finca—, estamos ante el supuesto típico del artículo 34 LH. El adquirente a quien el propietario aparente, titular inscrito, vendió, p. ej., la finca arrendada por él mismo, adquiere a título oneroso la propiedad de esta finca y es mantenido en su adquisición si era de buena fe (desconocía la discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral) y siempre que inscriba su derecho, aunque después el del transmitente se anule o resuelva por causas que no consten en el mismo Registro. En este caso confluyen la protección derivada de las reglas de inoponibilidad (art. 32 LH) y de fe pública registral (art. 34 LH), esta última más estricta que la primera.

En relación con el segundo aspecto —adquisición libre del gravamen que supone el arrendamiento no inscrito—, el hecho de que el arrendamiento, pudiendo estarlo, no conste inscrito en el Registro de la Propiedad, no constituye causa «que anule o resuelva el derecho del transmitente» (cfr. art. 34 LH). Creo con BALLARÍN HERNÁNDEZ⁴⁶, que puede admitirse una interpretación extensiva del artículo 34 LH que haga funcionar la protección del tercero que cumple los requisitos de la norma, frente a cuanto, siendo inscribible —ya sea de naturaleza real, ya personal—, no figurase inscrito en el Registro. «Pero solo cuando lo no inscrito constituya causa de anulación o resolución del derecho del transmitente. Si es solo causa de otras

vicisitudes, esa interpretación debe contenerse porque semejante asunto es ajeno a aquel precepto registral y propio, en cambio, del principio de inoponibilidad de lo no inscrito que se proclama en los artículos 32 LH y 606 del Código Civil» y en el artículo 1549 del Código Civil, en relación con los arrendamientos —y, ahora, podríamos añadir, en lo que a los arrendamientos de vivienda se refiere, en el artículo 7.2 LAU—. Puesto que el arrendamiento temporalmente subsistente es vicisitud que no determina ni la nulidad ni la resolución del derecho del transmitente, la consecuencia es que el adquirente no tiene por qué soportarlo, pero la norma que le sirve de fundamento no es el artículo 34 LH, sino los artículos 32 LH, 606 del Código Civil, 1549 del Código Civil y 7.2 LAU.

¿Qué ocurre si el adquirente conoce que el transmitente no es el verdadero propietario de la finca? En este caso, el sujeto no goza de protección registral, por lo que no mantiene su adquisición (el art. 34 LH, exige buena fe y, aunque haya discrepancias entre los autores, debe entenderse que también la exige el art. 32 LH y concordantes).

¿Y si el adquirente desconoce el vicio que afecta a la titularidad del transmitente pero es sabedor de la existencia del arrendamiento? Será tercero hipotecario y mantendrá su adquisición del dominio de la finca, en virtud del artículo 34 LH. Resulta discutible si le será oponible el arrendamiento. Si entendemos que los artículos 32 LH, 606 del Código Civil, 1549 del Código Civil y 7.2 LAU exigen buena fe para amparar al que inscribe, como creo debe hacerse, el arrendamiento sería oponible al adquirente.

b) Arrendamiento inscrito

Si el verdadero dueño triunfa en juicio frente al propietario aparente titular registral que arrendó la finca estando el arrendamiento inscrito, puede entenderse que el arrendatario mismo queda amparado por la fe pública registral, siempre que sea de buena fe, es decir, siempre que en el momento de concertar el contrato, ignorase que el arrendador no era el verdadero propietario (o titular del derecho que le confería el poder de arrendar) o, si se prefiere, creyese que lo era y que podía cedérsela en arrendamiento. Si se cumple este requisito, dado que el arrendamiento es, por definición, un contrato oneroso y que, en la hipótesis que ahora contemplamos, el inquilino concertó el arrendamiento con el titular registral y además inscribió su derecho, el inquilino se verá amparado por la fe pública registral (ahora sí, art. 34 LH).

Si el arrendador (que no es el propietario real, pero es el titular registral) enajena la finca arrendada y el arrendamiento sí que está inscrito, el sujeto que cumpla los requisitos del artículo 34 LH, en relación con el vicio que afecta a la titularidad del transmitente sobre la finca, mantendrá su adquisición, pero le será oponible el arrendamiento inscrito, en virtud de las mismas normas y

principios citados. En este caso, la inscripción del arrendamiento tiene eficacia ofensiva frente al adquirente de la finca arrendada.

Si el adquirente conoce los vicios que afectan a la titularidad de su transmisor *non dominus* (es pues de mala fe), y es vencido en juicio por el verdadero propietario, creo que hay que entender que el arrendatario se vería amparado por el principio de fe pública registral, pues él concertó el arrendamiento con el titular inscrito sin que el Registro publicase el derecho del *verus dominus* y, en esta situación, inscribió su derecho, por lo que debería mantenerlo, frente al verdadero propietario, con el contenido que publique el Registro.

IV. LA CONFUSIÓN ENTRE INOPONIBILIDAD Y FE PÚBLICA REGISTRAL EN LA LAU

Las reflexiones realizadas hasta ahora han dejado sobre el tapete una cuestión pendiente, sobre la que vale la pena profundizar algo más. Al margen de opciones legítimas, más o menos acertadas de política legislativa, la ley confunde y, en tal sentido es técnicamente defectuosa, las normas registrales de oponibilidad de los inscritos a lo no inscrito y de fe pública registral, y, así, cita recurrentemente el artículo 34 LH, cuando debería haberse referido al 32 LH. La doctrina, de modo generalizado, ha destacado esta confusión o mezcla de conceptos⁴⁷.

En concreto, la LAU/1994, antes y después de su reforma por Ley 4/2013, destaca por la tenacidad en su referencia al artículo 34 LH para delimitar la eficacia, frente al tercer adquirente, del arrendamiento anterior.

Antes de la reforma de 2013, la alusión al artículo 34 LH en el artículo 14 LAU, tenía eficacia temporalmente neutralizadora de la protección derivada de la publicidad tabular de acuerdo con el sistema registral español («*el adquirente ... quedará subrogado ... aun cuando concurren en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*»). El juego de las reglas registrales quedaba bloqueado durante los cinco primeros años de duración del contrato que delimitaban un plazo en que se brindaba una especial tutela al arrendatario.

Tras la reforma, la referencia al artículo 34 LH se añade en el artículo 10.2 LAU y se mantiene, aunque con un alcance distinto, en el artículo 14.1 LAU. El artículo 10.2 se refiere a las prórrogas obligatorias del artículo 9 y tácita o voluntaria del artículo 10.1 para disponer que, una vez inscrito el contrato de arrendamiento, estas prórrogas «*se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*». En el artículo 14.1, según redacción vigente, la alusión al artículo 34 LH se hace con referencia a los requisitos que debe reunir el adquirente de la finca inmatriculada y arrendada, para decir que tal sujeto solo quedará «subrogado» en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento está inscrito con anterioridad a su adquisición («*a la transmisión de la finca*»).

Dicho esto hemos de preguntarnos si era y si es apropiada en los citados preceptos, desde el punto de vista técnico, la referencia al artículo 34 LH. Y cómo debe interpretarse tal referencia.

Como premisa hay que partir del posible acceso de cualquier arrendamiento de inmueble al Registro de la Propiedad. Una vez inscrito el arrendamiento, tal inscripción tendrá fuerza ofensiva, conforme a los principios del sistema registral que quedaban temporalmente neutralizados bajo el texto original de la LAU/1994, pero que recuperan todo su vigor tras la reforma por Ley 4/2013.

Ahora bien, el adquirente, en el caso de arrendamiento inscrito, no es tanto el sujeto protegido, como el afectado por el artículo 34 LH⁴⁸. Si el arrendamiento está inscrito, el adquirente podría haberlo conocido; consta en el Registro la causa de que el adquirente haya de soportar el arrendamiento y, por tanto es oponible, de acuerdo con las normas registrales.

Lo singular del antiguo artículo 14, contrastado con las reglas hipotecarias es que, aun no estando inscrito, durante los cinco primeros años, el adquirente debía soportar el arrendamiento, aunque reuniera, decía el precepto, los requisitos del artículo 34 LH. Ello era así por imposición de la ley, que decidió sobreponer los intereses del inquilino a los del adquirente que confió en la apariencia registral. Pese a revestir el adquirente de la vivienda o derecho sobre la vivienda arrendada todos los atributos para verse protegido por el sistema registral dado que el arrendamiento no dejó noticia registral, debía soportar tal arrendamiento hasta tanto no transcurrieran los cinco primeros años de duración del mismo. La razón estaba clara: el legislador en el conflicto de intereses entre el inquilino y quien adquirió confiando en el Registro, prefería al primero, desbaratando en este supuesto excepcional la fuerza que, en línea de principio, atribuye nuestro ordenamiento a la publicidad registral. El adquirente se veía, así, afectado por circunstancias que no constaban en el Registro cuando en teoría podrían haber accedido al mismo. ¿Justifica esto técnicamente la referencia al artículo 34 LH? Hay que responder categóricamente que no. «La referencia al artículo 34 LH es inadecuada porque lo que se neutraliza, para mantener lo no inscrito sobre lo inscrito no es la fe pública *s.s.*, sino la inoponibilidad de lo extrarregistral»⁴⁹.

Dicho esto, ¿puede interpretarse que la regla del antiguo artículo 14 LAU/1994 era aplicable también a quien adquiriendo a título oneroso y de buena fe una finca arrendada pero no inmatriculada, accediera al Registro e inmatriculara (sujeto tutelado por el artículo 32 LH, pero no por el 34, según la tesis dualista por la que abogamos)? Parece que sí, acudiendo al fundamento de este precepto, en relación con el artículo 606 del Código Civil. Al adquirente de una vivienda arrendada, que él inmatricula, sin que haya constancia registral del arrendamiento, debía aplicársele el artículo 14 LAR/1994. Esto es así porque la decisión legal que con mejor o peor fortuna técnica expresó el artículo 14 LAU, puesto en relación con la regla de inoponibilidad de lo no inscrito volcada en el artículo 32 LH y 606 CC (cfr. art. 3.1 del

Código Civil) es proteger a quien no ha podido conocer las deficiencias del título de su causante, ni siquiera acudiendo al medio ideado y legalmente configurado para proporcionar certidumbres⁵⁰. No parece que tenga sentido excluirlo de la norma que literalmente formulaba el precepto arrendaticio con referencia al artículo 34, pero que parecía obedecer más bien a la regla de la inoponibilidad de lo no inscrito que rige el artículo 32 LH. El artículo 32 es más amplio que el 34, en cuanto aquel abarca el supuesto de falta de inscripción previa, mientras que el 34 se refiere en quien adquiere del anterior titular registral. Pero en ambos casos jugaba el antiguo 14 LAU /1994. De no entenderse así, se produciría el absurdo de que no estando inmatriculada todavía la vivienda arrendada, quien la adquiriera e inmatriculara, podría desconocer el arrendamiento incluso en el período de los cinco años objeto de tutela especial. Desde luego no es esto lo que deriva del espíritu y finalidad del precepto. Como escribe BALLARÍN HERNÁNDEZ: «Lo común en los artículos 32 y 34 LH es que la finca que se adquiere esté arrendada (...) pero el arrendamiento no consta inscrito. En el caso del artículo 32, la finca tampoco; pero el adquirente la intabula. En el caso del artículo 34 la finca ya consta inmatriculada, y el adquirente —amparado por el artículo 34 LH— inscribe la titularidad adquirida. No se discute que el tercero del artículo 32 no tiene todas las notas del que protege el 34. Le falta la previa inscripción. Pero, una vez que inscribe su adquisición (la de la finca arrendada) el artículo 32 le defiende». «Esa defensa le confiere el artículo 32 en los términos generales y la aplica a un supuesto concreto —desactivación de las causas de nulidad o resolución no inscritas que puedan afectar a la titularidad del transmitente— el artículo 34. Lo lógico, pues, hubiera sido apoyar la norma arrendaticia en el artículo 32 LH que es la registral de alcance más extenso»⁵¹.

El mismo defecto debe achacarse al nuevo artículo 14 LAU, derivado de la reforma por Ley 4/2013 (y lo mismo puede decirse de otros preceptos, como el art. 10 LAU). No debió convocarse al artículo 34 LH, sino al 32 LH o al 606 del Código Civil. Por tanto pues, procede efectuar una interpretación correctora de tales preceptos en el sentido aquí apuntado.

En otro orden de cosas, como he expuesto en párrafos anteriores, el propio arrendatario que ha inscrito puede verse amparado por la fe pública registral cuando concertó el arrendamiento, que por definición es oneroso, con titular inscrito, creyendo que realmente era el propietario y podía cederle la finca en arrendamiento y después se demuestra que el Registro publicaba una titularidad equivocada y el verdadero propietario triunfa en juicio; o cuando no constaban inscritos los derechos que determinan la «resolución» del derecho del arrendador.

V. SOBRE LA BUENA FE DEL ADQUIRENTE

Hemos visto cómo a partir de la reforma operan las normas registrales para resolver los supuestos de concurrencia del derecho del arrendatario con otros derechos.

La consecuencia de aplicar la disciplina registral de la prioridad e inoponibilidad al arrendamiento de vivienda significa que el arrendamiento inscrito antes prevalece sobre los derechos inscritos después (esta y no otra es la regla que establece el nuevo art. 7.2 LAU). Y esto rige no solo para aquellos derechos posteriores que puedan suponer un cambio de propiedad, como si el propietario-arrendador enajena la vivienda a un tercero, estando el arrendamiento inscrito; sino también, en general, siempre que accedan o pretendan acceder al Registro de la Propiedad otros derechos con posterioridad a la inscripción del arrendamiento.

Por efecto de las mismas normas hipotecarias, si el arrendamiento no está inscrito, no es oponible a terceros que hayan inscrito su derecho. Ahora bien, tanto el sujeto amparado por el artículo 34 LH como el que se cobija bajo la regla más genérica del artículo 32 LH, deben tener buena fe.

La pregunta entonces es: ¿puede predicarse la buena fe del sujeto que, pese a no estar inscrito el arrendamiento, lo conoce o puede conocerlo, dada la posesión pública y notoria que ejerce el arrendatario sobre la vivienda? Si concluimos que su conocimiento de la realidad extrarregistral o su posible conocimiento dada la publicidad posesoria de la relación locativa excluye su buena fe y que, en consecuencia, no está protegido por el sistema registral, lo que en un principio parece tan necesario, conforme a la Ley 4/2013, para que el arrendatario logre su protección (la inscripción), no lo sería tanto. Pues la misma función protectora derivaría de la cognoscibilidad vinculada a la situación posesoria. De este modo, no sería preciso inscribir el arrendamiento para quedar protegido frente a terceros adquirentes. Y este podría ser uno de los desajustes más flagrantes del sistema construido por el legislador de 2013.

El alcance de la exigencia de buena fe será mayor o menor según se conecte con una eventual diligencia del tercero para llegar a conocer la existencia de un arrendamiento no inscrito. Desde una posición extrema se dirá que el conocimiento extrarregistral del arrendamiento no afecta al tercero⁵². Admitiendo que sí le afecta, otros entenderán que la consulta del Registro o la misma ausencia del arrendamiento de los libros tabulares es suficiente, salvo que se demuestre de forma indubitada que el tercero conocía la realidad extrarregistral⁵³. Ningún comportamiento adicional, dirigido a comprobar si la vivienda está ocupada por arrendatarios, es, de acuerdo con esta tesis, exigible. En sentido opuesto, se aducirá que ninguna persona diligente compra una vivienda sin visitarla y que, en tal caso, podrá constatar la existencia de ocupantes⁵⁴.

Creo que hay que concluir, de acuerdo con la que parece ser la opinión mayoritaria, que la buena fe del adquirente se sustenta en la combinación de dos datos. Uno es su confianza en la información derivada el Registro de la Propiedad (por lo que publica y por lo que silencia —en nuestro caso, el arrendamiento—). El otro, su desconocimiento efectivo del arrendamiento concertado, a pesar de haber desplegado la diligencia que se considera usual en estos casos. Es en relación

con esta segunda circunstancia, que puede resultar significativa la ocupación de la vivienda por el arrendatario. Algunos autores cuestionan si esta ocupación, por sí sola, bastará para destruir la buena fe del adquirente en aquellos casos en que pueda sugerir una posesión en concepto distinto al de arrendatario o plantear dudas acerca de dicho concepto. En mi opinión, la existencia de dudas razonables si quien las padece no hace nada por despejarlas, justificará el reproche de falta de diligencia.

VI. LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL ARRENDAMIENTO INSCRITO. EL NUEVO ARTÍCULO 27.4 LAU

La Ley 4/2013 introduce otra novedad vinculada a la inscripción del arrendamiento que, en teoría, supone una ventaja para el arrendador pero que, en la práctica, parece más bien un castillo construido en el aire. La inscripción del arrendamiento de vivienda en el Registro de la Propiedad permite la resolución extrajudicial del contrato de arrendamiento en los términos del nuevo artículo 27.4⁵⁵: *«Tratándose de arrendamientos de finca urbana inscritos en el Registro de la Propiedad, si se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quedará resuelto por falta de pago de la renta y que deberá en tal caso restituirse inmediatamente el inmueble al arrendador, la resolución tendrá lugar de pleno derecho una vez el arrendador haya requerido judicial o notarialmente al arrendatario en el domicilio designado al efecto en la inscripción, instándole al pago o cumplimiento, y este no haya contestado al requerimiento en los diez días hábiles siguientes, o conteste aceptando la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo juez o notario que hizo el requerimiento. El título aportado al procedimiento registral, junto con la copia del acta de requerimiento, de la que resulte la notificación y que no se haya contestado por el requerido de pago o que se haya contestado aceptando la resolución de pleno derecho, será título suficiente para practicar la cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad. Si hubiera cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento, será además preciso para su cancelación justificar la notificación fehaciente a los titulares de las mismas, en el domicilio que obre en el Registro, y acreditar la consignación a su favor ante el mismo notario, de la fianza prestada por el arrendatario»*. En virtud de este mecanismo, la inscripción del arrendamiento interesará, no tanto al inquilino, como hemos visto que sucede con el fin de verse protegido por las normas registrales, sino al arrendador. En teoría, este puede ver facilitada, en caso de impago de la renta y siempre que se haya convenido así por las partes, la resolución del contrato. Tendrá, eso sí, que asumir los costes de la cancelación del arrendamiento en este caso. Quizá si está suficientemente motivado pueda esto ser utilizado por el inquilino para acordar un reparto equitativo de los gastos notariales y registrales.

Integran el supuesto de hecho del precepto, los siguientes datos: 1º Pacto de las partes en que se contemple este mecanismo resolutorio, que, según dice

la ley de modo expreso, ha de constar en el contrato de arrendamiento («*si se hubiera estipulado en el contrato ...*»), aunque no veo inconveniente en que se adopte con posterioridad. 2º El arrendamiento debe estar inscrito en el Registro de la Propiedad, donde además, entiendo que constará este pacto como parte del contenido del contrato que debe recoger la inscripción, aunque la constancia registral del pacto, a diferencia de lo que ocurre con la inscripción del arrendamiento, no sea requisito para que pueda funcionar el mecanismo del artículo 27.4. 3º Incumplimiento del inquilino consistente en la falta de pago de la renta (no de otros conceptos). 4º Requerimiento judicial o notarial de pago en el domicilio designado al efecto en la inscripción⁵⁶. 5º Falta de respuesta del arrendatario al citado requerimiento en el plazo de diez días hábiles siguientes o aceptación por este de la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo juez o notario que hizo el requerimiento⁵⁷. Si el inquilino responde negándose a la resolución de nada servirá al arrendador el mecanismo del artículo 27.4, que se escurrirá como arena entre sus dedos.

Cumplidos estos requisitos, la consecuencia jurídica es la resolución de pleno derecho del arrendamiento. Así mismo, el artículo 27.4 LAU regula la forma de proceder a la cancelación de la inscripción del arrendamiento resuelto por esta vía, en el Registro de la Propiedad, sin olvidar las especiales cautelas que deben adoptarse cuando existan cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento, en orden a cancelar las mismas. En cualquier caso, aunque el arrendador consiga resolver de pleno derecho el arrendamiento por la vía del artículo 27.4 LAU, si el inquilino se niega a desalojar la vivienda, no tendrá aquel otro remedio que acudir a un procedimiento judicial para expulsarlo de aquella, lo que desdibuja mucho o del todo la utilidad del precepto⁵⁸.

CONCLUSIONES

I. La Ley 4/2013 acaba con las especialidades introducidas por la legislación arrendaticia que hacían que, hasta cierto punto, el arrendamiento de vivienda viviera de espaldas a las reglas propias del sistema registral, al amparo de un orden excepcional.

II. La reforma por Ley 4/2013 deshace el sistema tejido por la LAU/1994. En esta, obviando los principios registrales, se garantizaba la continuidad del arrendamiento durante los primeros cinco años de duración del mismo, estuviese o no inscrito. La solución respondía a un criterio de continuidad legal que funcionaba al margen de la publicidad registral. Durante este periodo temporalmente acotado, la ley prefería lo no inscrito frente a lo inscrito y resolvía bloqueando la eficacia típica de la publicidad registral. El adquirente debía soportar el arrendamiento pese a no haber podido obtener información registral del mismo. El fin era dotar al inquilino de estabilidad en la vivienda. La filosofía

a la que respondía, de marcado carácter social. El legislador de 2013 abandona totalmente este criterio y opta por someter la continuidad u oponibilidad del arrendamiento al juego de las reglas registrales.

III. La Ley 4/2013 formula con carácter general la regla de oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito en el artículo 7.2 LAU (que constituye aplicación del art. 32 LH y del art. 606 CC) y la reitera en diversos preceptos (arts. 9.4, 10.II, 13 y 14 LAU). Sin embargo, puede apreciarse confusión entre esta regla y la relativa a la fe pública registral, que se manifiesta en la llamada al artículo 34 LH en diversas ocasiones en que la Ley debería haberlo hecho, en puridad técnica, al artículo 32 LH y concordantes del Código Civil (en especial, el art. 606 CC). Por otra parte, la formulación de las normas que contienen los artículos 7.2, 9.4, 10.II, 13 y 14 LAU, presenta muchas veces defectos técnicos, en ocasiones graves, que dificultan su interpretación. Además, es poco probable que con el nuevo sistema se vaya a conseguir el fin proclamado en la Exposición de Motivos de la Ley: dinamizar el mercado del alquiler.

IV. Aunque, en teoría, el inquilino debe inscribir su derecho en el RP para quedar protegido con seguridad frente a la enajenación de la vivienda, la fuerza real de esta conclusión depende de la transcendencia que se le dé a la publicidad derivada de la situación posesoria del arrendamiento no inscrito (es decir, a la ocupación pública y notoria de la vivienda por el arrendatario) para enervar la buena fe del adquirente. Si se concluye que el conocimiento, por el tercer adquirente, de la realidad extrarregistral, o su posible conocimiento dada la publicidad posesoria de la relación locativa, excluye su buena fe y, que en consecuencia no está protegido por el sistema registral, lo que en un principio parece tan necesario, conforme a la Ley 4/2013, para que el arrendatario logre su protección (la inscripción), no lo sería tanto. Pues la misma función protectora derivaría de la cognoscibilidad vinculada a la situación posesoria. Este podría ser uno de los desajustes más flagrantes del sistema construido por el legislador de 2013.

V. La buena fe del adquirente se sustenta en la combinación de dos datos. Uno es su confianza en la información derivada del Registro de la Propiedad (por lo que publica y por lo que silencia). El otro, su desconocimiento efectivo del arrendamiento concertado, a pesar de haber desplegado la diligencia que se considera usual en estos casos. Es en relación con esta segunda circunstancia, que puede resultar significativa la ocupación de la vivienda por el arrendatario. Algunos autores cuestionan si esta ocupación, por sí sola, bastará para destruir la buena fe del adquirente en aquellos casos en que pueda sugerir una posesión en concepto distinto al de arrendatario o plantear dudas acerca de dicho concepto. En mi opinión, la existencia de dudas razonables si quien las padece no hace nada por despejarlas, justificará el reproche de falta de diligencia.

RESOLUCIONES CITADAS

SAP Madrid 563/1997 (Secc. 21ª), de 1 de abril de 2000 (AC 2000, 1764).

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN GARCÍA, M^a E. (2011): «Comentario al artículo 1549». En: A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.), *Código Civil Comentado*. Madrid: Thomson Reuters Civitas (págs. 371-377).
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (2006): «Comentario al artículo 22.1». En: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D. (coords.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Tecnos (págs. 411-450).
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D. (2013): «Arrendamiento de locales para uso distinto del de vivienda». En: A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y M.^a A., CALZADA CONDE (dirs.), *Contratos Mercantiles*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 65-130).
- (2006): «Prólogo». En: R. BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.^a D. MAS BADIA, M.^a D. (coords.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Tecnos (págs. 27-29).
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2013): «Análisis de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas». *Actualidad Civil*, núm. 7/8.
- BLANQUER UBEROS (1994): «El proyecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos». Comentarios y Observaciones, *La Ley*, núm. 3506, págs. 1-9.
- CADENABA COYA, J. M.^a (1996): «Los arrendamientos urbanos y el Registro de la Propiedad», *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXIX, núm. 11 (2.^a época), págs. 13-24.
- CAMPUZANO Y HORMA, F. (1934): *Legislación Hipotecaria*, Madrid: Reus.
- CARRASCO PERERA, A. (2013): «Comentarios al Proyecto de reforma de los arrendamientos de viviendas». *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 4, págs. 118-134.
- CARRASCO PERERA, A. (2013): «Artículo 11. Desistimiento del contrato (2013)». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs.383-399).
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2013): «Artículo 7.2. Condición y efectos frente a terceros del arrendamiento de viviendas (2013)». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 231-241).
- COSTAS RODAL, L. (2013): «Arrendamiento de viviendas: derechos del arrendatario y naturaleza de las normas, según la proyectada reforma de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2013.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1993): «Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario», t. II. Madrid: Civitas.

- GÓMEZ LAPLAZA, C. (1996): «Comentario al artículo 9». En: C. LASARTE ÁLVAREZ (COORD.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Ley 29/1994, de 24 de noviembre. Madrid: Tecnos.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2012): «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler». *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 6, págs. 170-190.
- GONZÁLEZ PILLADO, E. (2013): «Problemática procesal del juicio de desahucio por falta de pago tras las últimas reformas procesales». *Revista Xuridica Galega* (En línea), núms. 70, 27-49, disponible en: <http://www.rexurga.es/pdf/COL282.pdf>
- GORDILLO CAÑAS, A. (2004): «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de febrero de 2002». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 42, págs. 95-135.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994): «Comentario a los artículos 9 a 14». En: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid: Lex Nova (págs. 75-186).
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A. (1984): *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona: Bosch.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2014): «El registro de la propiedad y los arrendamientos urbanos», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 53, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3661-el-registro-de-la-propiedad-y-los-arrendamientos-urbanos>
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a DEL M. (1996): «La inscripción de los contratos de arrendamiento en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», *RCDI*, núm. 637, págs. 2117-2158.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2002): «Artículo 9. Plazo mínimo, Artículo 10. Prórroga del contrato y Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 169-237 y 281-329).
- MARÍN LÓPEZ, J. J. y COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2013): «Artículo 9. Plazo mínimo, Artículo 10. Prórroga del contrato, Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador. Artículo 14. Enajenación de la vivienda arrendada y Disposición adicional segunda. Modificación de la Ley Hipotecaria». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 277-381, 431-515 y 1101-1142).
- MARTÍN CONTRERAS, L. (2013): «Ley de Arrendamientos Urbanos». Barcelona: Bosch.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, J. (2012): «Escritura pública e inscripción del arrendamiento en el Anteproyecto del Ministerio de Fomento», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 45, disponible en: <http://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-45/313-escritura-publica-e-inscripcion-del-arrendamiento-en-el-anteproyecto-del-ministerio-de-fomento-0-23412245813209792>
- MAS BADIA, M.^a D. (2014): *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de gananciales, partición de herencia y división de la casa común*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2013): «La compraventa de viviendas de protección oficial». En: F. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *La protección del consumidor de inmuebles*. Madrid: Dykinson (págs. 119-181).
- (2013): «Especialidades en la compraventa de vivienda protegida». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 1053 a 1064.

- NANCLARES VALLE, J. (2010): «La exclusión de la prórroga forzosa en los arrendamientos». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, págs. 391-431.
- ORDÁS ALONSO, M. (2013): «Artículo 4.2. Régimen aplicable». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 123-133).
- PAU PEDRÓN, A. (1995): *La protección del arrendamiento urbano*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- (1995): «La inscripción de los arrendamientos de inmuebles». *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 1, págs. 7-16.
- PÉREZ CONESA, C. (2013): *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- (2010): «Fomento de la vivienda en alquiler: novedades introducidas por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2010.
- (2012): «De nuevo con los alquileres y el desahucio. Modificaciones propuestas por el Anteproyecto de Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas a la LAU y a la LEC». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2012.
- PRADA ÁLVAREZ BUYLEA, P. (1999): «La inscripción de los arrendamientos urbanos», *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 46, págs. 708-724.
- PRATS ALVENTOSA, L. (1994): «Comentario a los artículos 9, 10, 11, 13 y 14». En: M.^a R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch (págs. 95-142).
- QUICIOS MOLINA, S.: «Estudio de las disposiciones de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En particular, novedades del juicio de desahucio, registro de arrendatarios morosos y régimen transitorio (2013)». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (págs. 27-54).
- (2012): «La reforma de los arrendamientos urbanos, según la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2012.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2013): «La resolución extrajudicial por falta de pago del arrendamiento urbano inscrito en el Registro de la Propiedad». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, págs. 209 y sigs.
- (2013): «Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 877-951).
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LL. (1979): «Derecho Hipotecario», t. III, Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R. M.^a (1946). «Instituciones de Derecho hipotecario», II, 2. Barcelona: Bosch.
- VALLADARES RASCÓN, E. (2002): «Artículo 4.2. Régimen aplicable». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, págs. 75 y sigs.

NOTAS

¹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D. (2013): «Arrendamiento de locales para uso de distinto del de vivienda». En: A. Bercovitz RODRÍGUEZ-CANO y M.^a A. CALZADA CONDE (Dirs.), *Contratos Mercantiles*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pág. 66.

² *BOE* núm 134, de 5 de julio de 2013, Secc. I, págs. 42244 a 42256.

³ El instrumento se introdujo en trámite de enmiendas en el Congreso (Informe de la Ponencia, *BOCG*, Congreso de los Diputados, 27 de febrero de 2013, pág. 12), al aceptar las enmiendas núms. 121 y 124 del Grupo Parlamentario Popular (*BOC*, Congreso de los Diputados, 12 de febrero de 2013, págs. 90-91).

⁴ Como señala QUICIOS MOLINA, S. Estudio de las disposiciones de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. En particular, novedades del juicio de desahucio, registro de arrendatarios morosos y régimen transitorio (2013). En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (pág. 52), a esta finalidad se une la preventiva y de control en materia de incumplimientos contractuales, además de la punitiva.

Claro que acaso todo quede en agua de borrajas porque se trata de que figuren en el Registro las personas condenadas por sentencia firme o declaradas responsables del impago de rentas por laudo arbitral. Ahora bien, ante el requerimiento del Secretario *ex* artículo 440 LEC, la mayoría de inquilinos morosos guarda silencio. Y la falta de atención o de oposición al requerimiento hacen que el proceso termine, no por sentencia judicial, sino por decreto del Secretario Judicial, que es válido como título ejecutivo, tanto respecto de las cantidades adeudadas, como también, desde la reforma por Ley 4/2013, de las devengadas durante el proceso. Con lo cual, pocas veces llegará a haber sentencia. Que la Ley obvie este supuesto implica un grave defecto de técnica jurídica.

⁵ Diferentes grupos parlamentarios fueron sensibles, mientras se tramitaba el Proyecto de Ley, a las injusticias que pueden darse cuando el impago se deba a la situación de necesidad del inquilino o a circunstancias coyunturales (enmiendas núms. 14, 49, 88 y 128, *BOCG*. Senado. 4 de abril de 2013, págs. 19, 43, 66 y 91).

⁶ El objetivo fundamental de la política de vivienda protegida es hacer asequible el precio de la compraventa o la renta del arrendamiento a las personas con rentas más bajas. Para ello, el Estado social, influye en el mercado y templá las consecuencias que tendría un liberalismo radical: limita los precios y rentas, regula préstamos cualificados en condiciones ventajosas, o contempla subvenciones o ayudas directas. Pueden verse estos mecanismos con más detalle en MAS BADIA, M.^a D. (2014): *Problemas de valoración y precio en las viviendas de protección oficial. Compraventa, arrendamiento, ejecución judicial, liquidación de sociedad de ganancias, partición de herencia y división de la casa común*. Valencia: Tirant Lo Blanch; MAS BADIA, M.^a D. (2013). «La compraventa de viviendas de protección oficial». En: F. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *La protección del consumidor de inmuebles*. Madrid: Dykinson (págs. 119-181); y MAS BADIA, M.^a D. (2013). «Especialidades en la compraventa de vivienda de protegida». En: A. CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 1053 a 1064). El último Plan estatal de vivienda, formulado en el RD 233/2013, deja un lado las ayudas para el acceso en propiedad a la vivienda y se centra en las ayudas al alquiler.

⁷ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D. (2006). Prólogo. En: R. BALLARÍN HERNÁNDEZ y M.^a D. MAS BADIA, M.^a D. (coords.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Tecnos (pág. 28).

⁸ En este sentido se manifiesta también PÉREZ CONESA, C. (2013). *Arrendamientos de vivienda y desahucios: su reforma. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pág. 30).

⁹ La expresión inicial, en el Proyecto de Ley, era «dentro de los límites expresamente establecidos en el título II de la presente Ley». El texto definitivo resulta de la incorporación

de la enmienda transaccional a las enmiendas núms. 4 del GP de La Izquierda Plural, 84 del GP Vasco (EAJ-PNV) y 131 del GP Socialista, al Informe de la Ponencia (BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, Núm. 21-3, de 27 de febrero de 2013, pág. 1).

¹⁰ Así lo entiende GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2012). «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler». *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 6, 172. En opinión de esta autora la libertad de pacto en el margen de lo dispositivo, en realidad a quien más puede beneficiar es al arrendatario. CARRASCO PERERA, A. (2013). «Comentarios al Proyecto de reforma de los arrendamientos de viviendas». *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 4, 121 y sigs., con base en el Proyecto de Ley, analiza lo que de imperativo y dispositivo existe en el Título II LAU después de la reforma y concluye: «es incierto de todo punto que las normas del Título II de la ley se hayan hecho (más o menos) dispositivas. Allí donde el texto singular no haya prevenido la posibilidad de este pacto, el régimen sigue correspondiendo al hoy vigente, sin más alteración reseñable que la reducción de plazos de cinco a tres años».

¹¹ Así, CARRASCO, *op. cit.*, 124-125; y PÉREZ CONESA, C., *op. cit.*, 33.

¹² Salvo que necesite recuperar la vivienda para su propio uso o el de ciertos familiares cercanos, pero a este interés ya atiende la norma del artículo 9.3 LAU.

¹³ BOE de 24 de noviembre de 2009, núm. 283, Sec. I, págs. 99625 y sigs.

¹⁴ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, J. J. y COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a «Artículo 9. Plazo mínimo (2013)». En: R. BERCOVITZ (COORD.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pág. 353).

¹⁵ A favor de la interpretación amplia, MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, *op. cit.*, 354, dado que ya no se exige que en el contrato de arrendamiento se incluya una cláusula en la que se prevea tal recuperación, por lo que ya no puede configurarse este argumento, que con anterioridad sostenían diversos autores, como apoyo para interpretar que la facultad de recuperación tiene carácter personalísimo a favor del arrendador o sus familiares.

¹⁶ Sobre esta cuestión *vid.*, por todos, las reflexiones que realiza NANCLARES VALLE, J. (2010). «La exclusión de la prórroga forzosa en los arrendamientos». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 75, págs. 401 y sigs.

¹⁷ Radicalmente crítico con la reforma y, en concreto, con la ampliación del poder del propietario para recuperar la vivienda por causa de necesidad, se muestra CARRASCO PERERA, en: «Artículo 11. Desistimiento del contrato» (2013) En: R. BERCOVITZ (COORD.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pág. 384); y Comentarios al Proyecto de Ley ..., *op. cit.*, 124.

¹⁸ Con anterioridad, el artículo 56 LAU/1964 permitía al inquilino abandonar la vivienda antes de tiempo pagando la totalidad de la renta, siendo discutible y discutida la naturaleza jurídica del supuesto regulado.

¹⁹ El texto del Congreso decía «un mes». En el Senado se sustituye por «treinta días», al aprobarse la enmienda núm. 102, presentada por el GP Popular (BOCG. Senado, núm. 168, 4 de abril de 2013, pág. 76), «para que todos los interesados, en todo el territorio nacional, dispongan del mismo plazo, treinta días hábiles, para el ejercicio de sus derechos». La misma modificación se lleva a cabo en relación con los artículos 9 y 22.4 (enmiendas núm. 101 y 104, BOCG. Senado, núm. 168, 4 de abril de 2013, págs. 75 y 76).

²⁰ Así, GONZÁLEZ CARRASCO, C., *op. cit.*, pág. 177.

²¹ En este mismo sentido, CARRASCO PERERA, Artículo 11, 384-385, pone de relieve que el nuevo desistimiento «favorece solo a los arrendatarios sin arraigo, porque a los demás el nuevo derecho les costará dinero. En efecto, ninguna familia podrá convencer a un propietario para que les ajuste la renta en consideración a que desean comprometerse en un arrendamiento a largo plazo. Porque el derecho de desistimiento es irrenunciable, y la promesa de continuidad ya no es creíble; mientras el arrendador puede renunciar su derecho de denegar la prórroga por necesidad, el arrendatario no puede renunciar su facultad de desistir del plazo pactado. Estos mismos arrendatarios con vocación de duración tendrán difícil convencer al propietario para que acometa una obra o reforma de envergadura, por

ejemplo pintar la casa, porque nadie puede asegurar al dueño la seguridad de un flujo continuo de rentas. En consecuencia, la regulación propuesta generará relaciones arrendaticias inestables y poco productivas en términos de ventajas mutuas, dada la inseguridad sobre la continuidad de la inversión mutua en el futuro». Y concluye afirmando que el modelo resultante, que califica como un modelo de arrendamiento desarraigado, es incongruente con el propósito de incentivar el uso arrendaticio como alternativa a la propiedad. Está acertado además el autor cuando subraya el desajuste que supone imponer, en el marco de este modelo que puede degenerar en la proliferación de inquilinos movedizos que «van y vienen», el coste de la inscripción.

²² Así, GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, págs. 177-178. CARRASCO PERERA, Artículo 11, 388, hace ver cómo la necesidad de cancelar la inscripción tampoco es plato de gusto para el arrendador. Como el arrendatario no tendrá ningún incentivo en incurrir en estos gastos, el arrendamiento seguirá inscrito y no cancelado.

²³ Así lo señala, CARRASCO PERERA, Artículo 11, 384. También, PÉREZ CONESA, *op. cit.*, pág. 57.

²⁴ Con anterioridad a esta Ley, el RD de 23 de mayo de 1845 y después el RD de 19 de agosto de 1853, en el contexto de las Contadurías de Hipotecas, regulaba, con fines fiscales, la inscripción de los arrendamientos.

Por su parte, el Proyecto de Código Civil de 1851 establecía en el artículo 1831.5º: «también deberán inscribirse los títulos en que se imponen sobre bienes inmuebles alguno de los derechos siguientes: 5º Los arrendamientos por seis o más años y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año».

²⁵ PAU PEDRÓN, A. (1995). *La protección del arrendamiento urbano*. Madrid: Cuadernos Civitas (págs. 37-38), resuelve la cuestión entendiendo que hay que separar el plano civil y el plano hipotecario: «cuando la Ley Hipotecaria afirma atribuir carácter de derecho real al arrendamiento, lo hace a efectos hipotecarios». En «La inscripción de los arrendamientos de inmuebles (1995)». *Boletín Oficial del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXVIII, núm. 1, 7-8, señala: «La finalidad de la Ley Hipotecaria no es regular el aspecto sustantivo de las instituciones, sino determinar los requisitos y efectos de su acceso al Registro. Por tanto, la afirmación de esa ley de que ha transformado la naturaleza del arrendamiento «en un verdadero derecho real» ha de entenderse dentro de su contexto y de la finalidad de la misma. Lo que significa es que la ley pretende dar al arrendamiento inscrito el tratamiento hipotecario de un verdadero derecho real. Como afirmó algún autor a tiempo de la promulgación de la Ley Hipotecaria de 1861, lo que esta ha pretendido es convertir el arrendamiento en un derecho hipotecariamente real». Y más adelante concluye: «la cuestión de la naturaleza del arrendamiento es algo que queda absolutamente al margen de su régimen registral (y por tanto del contenido de este tema). La Ley Hipotecaria no ha pretendido (ni podría) declarar nada sobre esa cuestión. Solo ha querido asimilar el régimen registral del arrendamiento inscrito al régimen registral de los derechos reales inscritos. Y ante esa decisión del legislador es absolutamente indiferente que, desde la perspectiva civil, se considere que el arrendamiento es un derecho personal o un derecho real».

²⁶ CAMPUZANO Y HORMA, F. (1934). *Legislación Hipotecaria*, Madrid: Reus, 134.

²⁷ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D. (2013). «Arrendamiento de locales para uso distinto del de vivienda». En: A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y M.^a A. CALZADA CONDE (dirs.), *Contratos Mercantiles*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pág. 79. LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. DE A., *Elementos de Derecho civil III bis. Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1984, págs. 93-94 señalan que se permite el acceso al Registro de ciertos derechos personales, entre ellos, el arrendamiento «por razones de conveniencia y oportunidad, en vista de su duración y proximidad a la finca, recibiendo con la inscripción una eficacia *erga omnes* que los aproxima a los reales».

²⁸ ADÁN GARCÍA, M.^a E. (2011), «Artículo 1549». En: CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.), *Código Civil Comentado*. Madrid: Thomson Reuters Civitas (pág. 372), resume una idea generalmente aceptada: «El

artículo 1549 se sitúa no en la naturaleza del derecho de arrendamiento sino en el campo de su eficacia frente a terceros. De modo que el arrendamiento inscrito participa de efectos similares a los derechos reales y confiere al arrendatario los mismos medios y las mismas medidas de defensa de su derecho que la ley confiere al titular de un derecho real. La razón de que al contrato de arrendamiento, aun siendo derecho personal se le dote de efectos reales se debe a que tiene por objeto la cesión de una facultad que normalmente integra el dominio como es el uso y disfrute del bien sobre que recae. Por ello el legislador ha dotado al arrendamiento de similar protección a la que se confiere a los derechos reales inscritos que implican el uso y disfrute del bien inmueble con carácter temporal, tales como el usufructo o el derecho de uso y habitación».

²⁹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D., *op. cit.*, 80.

³⁰ Así, en contra, ROCA SASTRE (1979). *Derecho Hipotecario*, t. III, Barcelona (pág. 528). A favor, en cambio, PAU PEDRÓN, *La protección ...*, *op. cit.*, pág. 51, nota 49. Considera este último que el criterio de inoponibilidad de los arrendamientos no inscritos regulado en el artículo 1579 (sic. 1579) del Código Civil es paralelo al criterio de inoponibilidad de los derechos reales no inscritos (art. 606 CC).

³¹ Materia reservada al legislador estatal en virtud del art. 149.1.8^a CE.

³² *Vid.*, por todos, ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 581.

³³ En palabras de PAU PEDRÓN, *La protección, op. cit.*, pág. 47, se trata de dos criterios de evolución sinuosa, pues en algunas épocas ambos se suceden y en otras, coexisten. Hace un seguimiento de los mismos desde las Partidas (Ley 19, tít. VIII, Partida V, que dispuso como regla general, a la que se reconocían excepciones, la siguiente: «auiendo arrendado algund ome casa (...) aquel que la comprare bien puede echar della al que la tiene alogada»), hasta la LAU/1994.

³⁴ Aunque el segundo párrafo del artículo 13.1 LAU/1994 se refiere literalmente a arrendamientos de duración pactada superior a cinco años, entiendo con MARÍN LÓPEZ (2002). Artículo 13. En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 285-287), que debe aplicarse la misma solución a aquellos contratos en que se pactó una duración inicial inferior a cinco años pero que, por el juego combinado de las prórrogas del artículo 9.1 y del artículo 10 acaban superando ese plazo. La solución de la extinción del arrendamiento parece la más acorde con el espíritu de la ley que limita el plazo de garantía o de especial tutela del arrendatario a los primeros cinco años de duración del contrato. El autor citado llega a esta solución a partir de la interpretación extensiva del artículo 13.1.II LAU.

³⁵ Comentario adicional merece el supuesto de hecho del artículo 13 LAU/1994, que se mantiene tal cual tras la reforma por Ley 4/2013. El precepto contiene una selección caprichosa, que ni siquiera obedece a un mayor o menor índice de litigiosidad, de algunos casos particulares entre muchos que guardan identidad de razón. Y lo hace bajo la rúbrica «Resolución del derecho del arrendador», en que el término «resolución» se emplea en un sentido atécnico. En opinión generalizada, aunque no unánime, de la doctrina, la enumeración no debe considerarse taxativa; antes bien ha de interpretarse que el supuesto de hecho es extensivo o aplicable por analogía a otros casos en que claudica el derecho del arrendador que le permitió arrendar y el inmueble debe ser restituido o entregado a otra persona. MARÍN LÓPEZ cita a modo de ejemplo los siguientes: retracto legal; enajenación forzosa por la vía de apremio administrativo por impagos a la Seguridad Social o a la Hacienda Pública; resolución, anulación, nulidad o rescisión del contrato; cumplimiento de condición resolutoria; anulación de partición hereditaria o del testamento que le sirvió de base; rescisión de partición hereditaria o de la liquidación de la sociedad de gananciales; revocación o reducción por inoficiosidad de una donación; etc. (*ob. ant. cit.*, págs. 287-288). También GUILARTE propugna una interpretación flexible del artículo 13, de acuerdo con la cual, la enumeración de casos es meramente ejemplar (GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1994). En: GUILARTE GUTIÉRREZ, V., (dir.), *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Madrid: Lex Nova, Madrid, pág. 160).

³⁶ Ya han podido escucharse voces críticas en la doctrina. Destaca la de CARRASCO PERERA, que denuncia que esta regulación crea nuevos desequilibrios y costes («Comentarios al Proyecto», *op. cit.*, pág. 119). En igual sentido crítico, GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, págs. 179-180; y COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2013). «Artículo 7.2. Condición y efectos frente a terceros del arrendamiento de viviendas». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (págs. 231 y sigs.).

³⁷ Y recibe una aplicación concreta en el artículo 1473.II CC, que es muestra de la ineficacia de lo no inscrito frente al tercero que inscribe. Y ello tanto si ese tercero que inscribe cumple los requisitos el artículo 34 LH por haber adquirido del titular registral, como si no los cumple por ser su inscripción la que abre el folio registral de la finca. En el primer caso, como señala GORDILLO CAÑAS, A. (2004) «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 28 de febrero de 2002. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2004 (42), 120, la solución del principio de inoponibilidad coincide con la del principio de fe pública registral. En el segundo es solo el principio de inoponibilidad el que inclina la balanza a favor del comprador que se adelanta en la inscripción.

Así mismo, es aplicación del principio registral de inoponibilidad, el artículo 1549 del Código Civil.

³⁸ De acuerdo con la tesis dualista, la Ley Hipotecaria reserva, en el artículo 32, un espacio determinado donde el principio de inoponibilidad de lo inscribible no inscrito obra sin el concurso de la fe pública registral consagrada en el artículo 34 y, por tanto, de una forma más abierta: es suficiente con inscribir, sin que sea necesario adquirir del titular inscrito. En otras palabras, como consecuencia de la publicidad registral, y en el marco de un sistema, como es el nuestro, de inscripción no constitutiva, quien inscribe, se verá protegido por el Registro frente a los derechos que no consten en él, aunque su adquisición no encaje en el supuesto de hecho del artículo 34 LH, que permite el juego de la fe pública registral. Como escribe GORDILLO CAÑAS, A., *op. cit.*, pág. 119, «el tema del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (*que es hoy el artículo 32 LH*) es el del valor de la inscripción respecto de la adquisición que en ella se publica, no en cambio —ése es el tema del artículo 34— respecto a la que, fundada en la confianza generada por tal publicación, pueda posteriormente llevar a cabo un tercero».

³⁹ Véase el magnífico trabajo de GORDILLO CAÑAS, A. antes citado. Y LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984). *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona: Bosch (págs. 161 y sigs.).

⁴⁰ El antiguo artículo 14 LAU incluía un párrafo tercero del tenor siguiente: «*Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años*» (que era, entonces, el plazo mínimo de duración). Aunque tal párrafo ha desaparecido del nuevo artículo 14, entiendo, tal y como he dicho, que la continuación durante el plazo mínimo deriva del carácter imperativo del mismo.

⁴¹ En este sentido se han pronunciado PÉREZ CONESA, C., *Arrendamientos*, *op. cit.*, pág. 64; QUICIOS MOLINA, S., «La reforma», *op. cit.*, págs. 29 y 30; y MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN (2013). Artículo 13. En: «Comentarios», *op. cit.*, pág. 490, que entienden que el arrendatario tendrá derecho a la prórroga tácita, «tal y como se infiere del juego de los artículos 7.2 (oponibilidad frente a terceros del arrendamiento inscrito) y 14 LAU (subrogación del adquirente de una finca inmatriculada, en los derechos y obligaciones del arrendador, si el arrendamiento está inscrito)».

⁴² Esa misma conclusión defienden MARÍN LÓPEZ, J. J. y COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a (2013). Artículo 14. En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pág. 515), aunque la refieren al supuesto más genérico de que estando inmatriculada la finca no haya inscrito su derecho el arrendatario, afirmando que existe aquí una laguna en la regulación. Según yo entiendo hay que distinguir, dentro del caso que estos autores apuntan, aquel en que el adquirente haya inscrito, en el que

no hay laguna, sino que la solución se halla contenida en el artículo 14.1, *sensu contrario*; y el caso en que el adquirente tampoco haya inscrito, único en el que existe laguna legal y al que creo que hay que dar la solución propuesta.

⁴³ MARÍN LÓPEZ (2002), Artículo 13. Resolución del derecho del arrendador. En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pág. 326), señala cómo la principal virtualidad del antiguo artículo 13 LAU «no es sancionar la validez del arrendamiento de vivienda ajena, ya que, aunque ese precepto no existiera, el contrato por el que una persona da en arriendo una vivienda que no le pertenece es, en nuestro ordenamiento jurídico, un contrato perfectamente válido».

⁴⁴ PÉREZ CONESA, *op. cit.*, págs. 43-44, expone que el verdadero propietario debe respetar el arrendamiento por tres años, sin que proceda la prórroga del artículo 10 LAU, tanto si vence en juicio al arrendatario como al propietario aparente que arrendó la finca. Al cabo de los tres años podrá recuperar la finca *ex* artículo 1571 del Código Civil.

⁴⁵ Duraría, debía interpretarse, hasta cinco años, en los términos del artículo 9, si el plazo pactado era menor.

⁴⁶ BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (2006). Comentario al artículo 22.1. En: BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. y MAS BADIA, M.^a D. (coords.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por la Ley 26/2005, de 30 de noviembre. Madrid: Tecnos (pág. 441).

⁴⁷ Así, tras la reforma por Ley 4/2013, CARRASCO PERERA, *Comentarios al Proyecto*, pág. 126; COLÁS ESCANDÓN, *Artículo 7.2*, pág. 237; GONZÁLEZ CARRASCO, *op. cit.*, pág. 177; MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, *Artículo 10*, *op. cit.*, pág. 380; o QUICIOS MOLINA, *La reforma*, *op. cit.*, pág. 30; aunque muchos comentaristas ya achacaban este mismo defecto a la LAU/1994 en su versión original.

⁴⁸ A este, como señala BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., *ob. ant. cit.*, pág. 440, «no parece propio calificarlo de protegido, sino de afectado por el artículo 34 LH, en cuanto al arrendamiento inscrito; precisamente porque, si tal es la hipótesis, lo está, y el adquirente, si hubiera querido, hubiera podido conocerlo (...) si el que compra sabe a qué atenerse con solo consultar el Registro, la causa de que haya de soportar el arrendamiento, registralmente constatada, le excluye de la protección que al silencio dispensa el artículo 34».

⁴⁹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 442, con referencia al artículo 22.1 LAR 2003/2005.

⁵⁰ BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Idem*.

⁵¹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Idem*.

⁵² ASÍ, ROCA SASTRE, *Instituciones de Derecho hipotecario*, II, 2, 1946, pág. 529. GARCÍA GARCÍA entiende que a los efectos que tratamos, la buena fe no implica desconocimiento, sino ausencia de fraude; solo quedaría excluida en los casos de actuación directa de fraude, complicidad en el fraude y conocimiento del fraude (GARCÍA GARCÍA, J. M.^a [1993]. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II. Madrid, pág. 205).

⁵³ PAU PEDRÓN, *La protección*, *op. cit.*, págs. 59 y sigs., entiende que la buena fe del artículo 34 LH es el desconocimiento sobre la situación que existe en la realidad. Es una situación estrictamente intelectual, y en absoluto, conductiva; no exige una investigación de la situación real. La prueba de la mala fe (del conocimiento de la situación real) debe hacerse, según el TS, «con probanzas auténticas y fehacientes». «Una adecuada valoración del Registro —como instrumento oficial de información sobre las situaciones jurídicas— exige un extremado rigor en apreciar únicamente el conocimiento seguro y pleno de situaciones jurídicas que existen al margen del Registro. Si se ha creado el Registro para simplificar y suplir las investigaciones jurídicas, no es lógico exigir investigación alguna al margen del Registro, ni siquiera cuando se tienen sospechas de que una determinada situación puede existir al margen del mismo. Permitir que se deposite la confianza en el Registro, y a la vez que se sospeche de su exactitud, sería una incongruencia de la legislación hipotecaria y del sistema en su conjunto.

En el caso de los inmuebles arrendados, la prueba frente a la presunción de buena fe del artículo 34 no debe considerarse simplificada o facilitada por el hecho de que el arrendamien-

to pueda tener una cierta publicidad por el contacto posesorio. Debe tenerse en cuenta que en el caso del arrendamiento *para uso distinto del de vivienda* no se exige que el inmueble esté ocupado (...); que la existencia de ocupantes puede ser ocultada o desfigurada por el transmitente; que la apariencia de arrendamiento puede ser confundida con la de hospedaje o con situaciones posesorias meramente toleradas; y que la sospecha del adquirente sobre la existencia de arrendatarios no desvirtúa su buena fe ni —como se ha dicho— le obliga a realizar investigación alguna. Es necesario probar que el adquirente tiene plena seguridad sobre la existencia del arrendamiento no inscrito. Cualquier manifestación o acreditación de una persona, o cualquier situación de hecho, no son suficientes para desvirtuar el silencio del Registro sobre la existencia del arrendamiento».

⁵⁴ BLANQUER ÜBEROS (1994). «El proyecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios y Observaciones», *La Ley*, núm. 3506, págs. 8 y 3, en la línea que defendemos, estima que «el hecho posesorio real y efectivo priva, o debe privar, al adquirente de la buena fe que le hace merecedor de la protección registral» y que al adquirente debe exigírsele una especial diligencia en conocer tal situación posesoria real y efectiva, a pesar de que el Registro ponga de manifiesto la inexistencia de arrendamientos. Igualmente, RAGEL SÁNCHEZ (2013), «Artículo 27. Incumplimiento de obligaciones». En: R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 949, escribe: «También será oponible el arrendamiento no inscrito frente al tercero que no es de buena fe, porque conoce la realidad no publicada en el Registro o no ha empleado la diligencia necesaria en su actuación. Aunque los preceptos reformados por la Ley 4/2013, de 4 de junio, parecen hacer depender la oponibilidad del arrendamiento al único supuesto en que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, también el conocimiento efectivo del arrendamiento por parte del tercero y que sea anterior al momento en que este adquiere su derecho, producirá los mismos efectos de oponibilidad que la inscripción. Y cerrar los ojos ante la realidad debe llevar a los mismos resultados de oponibilidad porque ¿cómo podemos considerar de buena fe al tercero que ignora la realidad posesoria de la vivienda a favor del inquilino? ¿Es diligente quien adquiere un derecho inscribible sobre una casa sin visitarla previamente? Creemos que no». Y CARRASCO PERERA, «Comentario ...», *op. cit.*, pág. 131, se muestra categórico: «La exigencia de una buena fe «ética», en el sentido exigido por la jurisprudencia en la interpretación conjunta que ordinariamente hace de los artículos 34 y 36 LH («el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer que la finca o derecho se hallaba poseída de hecho» por un tercero), hará poco menos que imposible que exista algún tercero que consiga satisfacer el estándar de buena fe exigible para disfrutar del privilegio de la inoponibilidad de lo no inscrito. Basta repasar la jurisprudencia existente sobre el artículo 34 LH para comprobar que son más las veces en que se rechaza su aplicación que las veces en que se aplica, y precisamente por la imposición de un alto estándar de buena fe exigible, cuando el derecho no inscrito se publicita mediante la posesión. Parece difícilmente concebible un supuesto en el que el tercer adquirente de un derecho registral pueda pretender haber operado conforme a un estándar normativo (no solo psicológico) de buena fe sin haber inspeccionado el inmueble sobre el que desea invertir. Un derecho posesorio tan intenso como el arrendamiento vendrá a ser reputado, salvo casos marginales, como una carga *aparente* de la finca, con la consecuencia de elevar a condición típica su oponibilidad universal sin necesidad de hallarse inscrito».

⁵⁵ Analiza esta novedad de la Ley, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2013). «La resolución extrajudicial por falta de pago del arrendamiento urbano inscrito en el Registro de la Propiedad». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, págs. 209 y sigs. Del mismo autor, «Artículo 27», *op. cit.*, págs. 938 y sigs. El autor establece un paralelismo entre esta norma y la resolución de la compraventa de inmuebles regulada en el artículo 1504 del Código Civil.

⁵⁶ RAGEL entiende (*op. ant. cit.*, pág. 942) que si se efectuara en otro lugar pero el arrendador demostrara que la notificación había llegado a conocimiento del arrendatario, tendrá esta los mismos efectos. Por otra parte, en cuanto a la relevancia de que sea llevada a cabo por el juez o notario y no por otros medios, opina que el requisito no se impone para la resolución

propriadamente dicha, sino solo a efectos de cancelación de la inscripción del arrendamiento, por esta causa, en el Registro de la Propiedad.

⁵⁷ Concuerta este requisito, como expone RAGEL, *op. ant. cit.*, págs. 943-944, con el del artículo 440.3.III LEC, aunque el artículo 27.4 incurre en la grave imprecisión de omitir la referencia al pago o consignación del mismo cuando el arrendador no colabore, que pueda realizar el arrendatario requerido para evitar la resolución extrajudicial del contrato. No puede en este sentido, quedar en peor posición que si hubiera sido demandado en juicio de desahucio. Insiste RAGEL en que el artículo 27.4 regula un requerimiento de pago, no un requerimiento resolutorio. Por su parte, MARTÍN CONTRERAS, L. (2013). *Ley de Arrendamientos Urbanos*. Barcelona: Bosch (pág. 431), considera la posibilidad de pago implícita en el texto del artículo 27.4, *sensu contrario*.

⁵⁸ En este sentido, MARTÍN CONTRERAS, L., *ob. cit.*, págs. 428 y sigs., que aconseja al arrendador utilizar desde el principio la vía judicial, incluido el requerimiento. También se muestra crítico con el artículo 27.4, LOSCERTALES FUERTES, D. (2014). «El registro de la propiedad y los arrendamientos urbanos», *El Notario del Siglo XXI*, núm. 53, disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/3661-el-registro-de-la-propiedad-y-los-arrendamientos-urbanos>.

*(Trabajo recibido el 5-03-2014 y aceptado
para su publicación el 16-04-2014)*

La justicia contractual en la
contratación y la ejecución de la
garantía hipotecaria, tras la Ley
1/2013, de 14 de mayo, de medidas
para reforzar la protección a los
deudores hipotecarios, reestructuración
de deuda y alquiler social

*The contractual justice in the
contracting and the execution of the
mortgage guarantee, after the act
1/2013, of may the 14th, on measures
to reinforce the protection to the
mortgage debtors, restructuring of
debt and social renting*

por

M^º BELÉN SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS
*Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Almería*

RESUMEN: *La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler*

social, da entrada a la intervención pública, preventiva y judicial, propias del Derecho del consumo en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios, de modo que la admisión del principio *pro-consumatore* y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o más relevante para la protección del deudor que la propia previsión de la dación en pago retroactiva. En los sistemas de contratación europeos del siglo XXI, la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social de cada contrato, por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación, pero también en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad. Esto es ineludible cuando una de las partes es consumidor y es obligada su protección para los ordenamientos nacionales de los países miembros de la Unión Europea, y de este planteamiento no puede escapar nuestro sistema de contratación y garantía hipotecarias. Es preciso, entonces, que en la ejecución hipotecaria el juez considere, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también las circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca, y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho.

ABSTRACT: The Act 1/2013, of may the 14th, on measures to reinforce the protection to the mortgage debtors, restructuring of debt and social renting gives entry to the public, preventive and judicial intervention, from the consumers Law in the contracting of the lending and credit mortgage, so that the admission of the proconsumatore principle and the judicial control of the contractual balance in the mortgage execution, might turn out to be equal or more relevant for the protection of the debtor, that the own forecast of the retroactive datio pro soluto. In the European systems of contracting of the 21st century, the juridical contractual safety cannot be based on the untangibility of the agreed, but on the fulfillment of the economic and social function of every contract, for what all of them have to, arbitrate effective instruments that guarantee the balance of the parts in the moment of the contracting, but also in that of fulfillment of the contract, attending to the good faith and to the equity. This is unavoidable when one of the parts is consumer and his protection is forced for the national laws of the countries members of the European Union. From this point of view our system of contracting and guarantee mortgages cannot escape. It is precise, at the time, that in the mortgage execution the judge considers to be, not only the concurrence of improper conditions at the moment of contracting, but also the struck circumstances that concern the causal relation that guarantees the mortgage, and the opportunity to apply, or not, certain procedures, in consideration of the good faith and the prohibition of the abuse of the Law.

PALABRAS CLAVE: Tráfico inmobiliario. Deudor hipotecario consumidor. Equilibrio contractual. Condiciones abusivas. Circunstancias sobrevenidas. Equidad. Buena fe.

KEY WORDS: *Real-estate traffic. Consuming mortgager. Contractual balance. Improper conditions. Struck circumstances. Equity. Good faith.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO COMO CONSUMIDOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE *FAVOR CREDITORIS CUM HYPOTECA* Y EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA.—II. DEL *PACTO DE ZURBANO*, A LA *LEY 1/2013 DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL*.—III. LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS Y LAS DACIONES EN PAGO ORDENADAS ANTES DE LA *LEY 1/2013*.—IV. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO, DE 5 DE ABRIL DE 1993. LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL AL PROCEDIMIENTO.—V. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, INICIAL Y FUNCIONAL. FUNDAMENTO E INSTRUMENTOS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—VI. LA BUENA FE Y LA EQUIDAD EN EL CONTROL DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL HIPOTECARIA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA PROTECCIÓN DEL DEUDOR HIPOTECARIO COMO CONSUMIDOR EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE *FAVOR CREDITORIS CUM HYPOTECA* Y EN EL MARCO DE LA CRISIS ECONÓMICA

En un momento en el que las condiciones del tráfico inmobiliario, un sistema de contratación y ejecución hipotecarias claramente *procreditore* y la inexistencia, en nuestro ordenamiento, de una imprescindible ley sobre endeudamiento y concurso de las personas físicas, han generado un desequilibrio contractual en masa y un problema social, la reciente *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, reconoce la obligada protección del deudor contratante de un crédito o préstamo hipotecario desde su consideración como consumidor.

No obstante, como se expondrá, la Ley no introduce de un modo decidido el control del equilibrio contractual funcional en la ejecución hipotecaria, y se limita a dar entrada al control del desequilibrio contractual inicial, producido por

las cláusulas abusivas pactadas, sin considerar el que puede generar la aplicación de una norma, cuando han cambiado excepcionalmente las circunstancias en el cumplimiento del contrato por causas no imputables a las partes.

A pesar de ello, la intervención judicial se muestra más necesaria y obligada que nunca y, desde esta perspectiva, las medidas aprobadas no deberían convertirse, como un efecto perverso, en límite a la actuación judicial dirigida a proteger al consumidor y a hacer efectiva la justicia contractual, también en el sistema de contratación y ejecución hipotecarias. Así lo impone el Derecho Comunitario.

Con la Ley 1/2013, de 14 de mayo la serie de disposiciones aprobadas en España en los últimos años para la protección del deudor hipotecario, que inicialmente resultaban medidas (algunas temporales) de índole social, dirigidas a los deudores en riesgo de exclusión, ha dado entrada, —por fin—, a la intervención pública propia del Derecho del Consumo en nuestro sistema de contratación y ejecución de la garantía hipotecaria.

En el conjunto de medidas, adoptadas desde el Real Decreto Ley 6/2010 hasta la última Ley 1/2013, algunas son comunes a todos los deudores hipotecarios, mientras que otras, solo afectan a los que, por su sobreendeudamiento, se encuentran en riesgo de exclusión social; y pueden clasificarse según que, en primer lugar, afecten al proceso de formación del préstamo hipotecario, a su contratación (como las dirigidas a neutralizar las cláusulas abusivas o a limitar el interés moratorio o remuneratorio); en segundo lugar, las que, en la fase de cumplimiento del contrato, y concurriendo circunstancias sobrevenidas, afectan a la liquidación de la deuda (su novación con quitas, aplazamientos, y solo eventualmente la dación en pago); finalmente, las que se refieren al procedimiento de ejecución hipotecaria (judicial y extrajudicial), como las referidas a la subasta o a la tasación, al salario inembargable, las costas de ejecución o las que suspenden temporalmente el lanzamiento.

Todas estas medidas, que se han venido aprobando desde 2010, irrumpen en un sistema de contratación y ejecución hipotecarias marcadamente protector del interés del acreedor, orientado por el *favor creditoris cum hypotheca*; que se construye y hace descansar la seguridad jurídica del tráfico a que se refiere, sobre el paradigma de la intangibilidad de lo pactado, el principio *pacta sunt servanda*.

En el proceso hipotecario se dota, en efecto, de fuerza especial y central al título ejecutivo, mostrándose como un proceso eminentemente formal que se sostiene sobre la constancia registral de los datos contractuales. Y la ejecución, se orienta fundamentalmente a que el acreedor perciba, sin oposición ni dilaciones, la satisfacción de la deuda garantizada con la venta o la adjudicación del inmueble; de modo que, si con su resultado no hay importe suficiente, se continúe sobre el resto del patrimonio del deudor. Es así, el procedimiento de ejecución hipotecaria, un proceso sumario sin fase de cognición, en el que se

reducen las posibilidades de defensa del deudor y las causas de suspensión del procedimiento, de modo que, las de oposición de fondo que sean distintas, se remiten a un juicio declarativo posterior¹.

Pero además, y esta es una cuestión central en las actuales circunstancias, durante la ejecución hipotecaria se hace disminuir, por ley, el valor del bien hipotecado, como sanción al deudor por el impago o por presumirse que ha perdido valor, y tampoco ayuda a ese valor, que, en la realidad, no haya una libre concurrencia de postores en las pujas. En cualquier caso, es el deudor quien sufre esa pérdida de valor, ya que se permite que el acreedor continúe la ejecución sobre el patrimonio del primero, cuando el importe obtenido en la ejecución de la garantía no salda toda la deuda².

Debido a las circunstancias económicas y sociales que atravesamos, nuestro sistema de contratación y ejecución hipotecarias se ha enfrentado a la necesidad de arbitrar instrumentos de protección del deudor que, mas allá de las medidas concretas de política social y económica, pueden encontrar su fundamento y su desarrollo, en una obligada reflexión en torno a la justicia contractual y a la necesaria actuación judicial para hacerla efectiva.

Pero ya antes de que se desencadenara la actual crisis económica, se reclamaba una revisión del procedimiento de ejecución hipotecaria a la luz del principio de defensa del consumidor, pues los de préstamo y crédito hipotecarios son, por lo general, contratos en que el prestatario es un consumidor y el prestamista es un profesional del crédito, y quedan, por tanto, sometidos al *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*; a la *Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación*; así como a la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores que causen un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor*. Es también de considerar la *Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo*, que, no obstante, excluye de su ámbito de aplicación los contratos relativos a la concesión de un crédito que esté garantizado por una hipoteca sobre un inmueble y los contratos de crédito cuyo propósito consista en financiar la adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o edificios existentes o por construir, pero hay Estados miembros de la Unión Europea que aplican al crédito hipotecario algunas disposiciones de esa Directiva, y la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, COM(2011) 142 (31.3.2011)* establece un marco similar a esa Directiva, a la que complementa, pero para el crédito hipotecario³.

Ciertamente de lo que se opondrá resulta, entre otras conclusiones, que las medidas de protección del deudor hipotecario que se han adoptado en España

desde 2010 hasta ahora, no solo han respondido a una necesidad social y económica, también a una necesidad jurídica: la de armonización del sistema de contratación y ejecución hipotecario español con el Derecho comunitario, los ordenamientos europeos y el Derecho contractual uniforme⁴. Sin embargo, no es preciso destacar que todas ellas se han adoptado con mucha resistencia por parte del legislador y en el marco de una gran tensión social y política.

II. DEL PACTO DE ZURBANO A LA LEY 1/2013 DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

La primera iniciativa protectora de los deudores hipotecarios sobreendeudados fue el *Real Decreto Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo* (Pacto de Zurbano) que aumentaba el importe del salario inembargable, cuando tras una ejecución hipotecaria, el resultado de la venta no era suficiente para saldar la deuda y había que continuar con la ejecución sobre el patrimonio del deudor.

Este salario mínimo inembargable se eleva aún más con el *Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, de «medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa»*⁵, que, además, incrementaba el valor mínimo de adjudicación (al 60% del valor de tasación) de la vivienda habitual al acreedor del bien hipotecado en la subasta sin postor y cuya mejor postura hubiese sido inferior al 70%. El objetivo, según la exposición de motivos de esta norma, era garantizar que en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirían una contraprestación por el inmueble que les permitiera saldar o reducir al máximo posible la deuda remanente. Con tal objeto se reduce también hasta el 20% (antes del 30%) el depósito exigido a los postores para participar en una subasta, y así permitir una mayor concurrencia de pujas.

Meses después se adoptan las medidas urgentes del *Real Decreto Ley 6/2012 de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, aplicable a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca, vigentes a la fecha de su entrada en vigor, cuyo deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión⁶.

Este Real Decreto Ley introduce algunos mecanismos dirigidos a la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes no podían atender su pago y la flexibilización de la ejecución de la garantía real, entre ellos, la novación obligatoria de la deuda para los acreedores que se adhieran voluntariamente al «Código de Buenas Prácticas»; aunque solo en los contratos de préstamo

o crédito garantizados con hipoteca para la adquisición de vivienda cuyo precio no sobrepasase unos límites variables según la población. No obstante, el acreedor adherido al *Código de Buenas Prácticas* podría mejorar las previsiones del mismo, y por tanto, entre otras mejoras, extender también su aplicación a deudores que se encontrasen fuera del umbral de exclusión.

La reestructuración de la deuda hipotecaria, se procura, en primer término, aplicando a los préstamos una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatro años, ampliando el plazo total de amortización hasta cuarenta años. Además se ordena la limitación del interés moratorio al resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo, un 2,5 por cien sobre el capital pendiente de préstamo (como en el crédito al consumo). El Real Decreto insiste en que «*Esta moderación de intereses no será aplicable a deudores o contratos distintos de los regulados en el presente Real Decreto-ley*» (art. 4.2), y sería efectiva solo desde que el deudor acreditase su situación en el umbral de la exclusión. Si estas medidas sobre la deuda no fueran suficientes, la entidad acreedora decidiría potestativamente si aplicar una quita del capital pendiente del 25%, o una reducción equivalente a la diferencia entre el capital amortizado y el capital prestado, o una reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer, al valor inicial de tasación, dos veces la diferencia con el préstamo concedido.

Esta reducción resultaría también aplicable a los deudores en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se haya producido el anuncio de subasta, a quienes, sin embargo, no se podría aplicar la reestructuración de la deuda anterior. Y si ni siquiera esta quita convierte en posible el cumplimiento de la deuda, el acreedor tendría que aceptar la dación en pago solicitada por el deudor, de modo que con la entrega de la vivienda habitual quedarán canceladas la deuda, la responsabilidad personal del deudor y la de terceros. Pero las familias podrían permanecer en su vivienda, quedando suspendido el lanzamiento, durante un mínimo de dos años, con la satisfacción de una renta anual equivalente al 3% del importe de la deuda pendiente en el momento en que se verificase la dación en pago.

Destaca también en el *Real Decreto Ley 6/2012* la reforma que se opera en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria aproximándolo al procedimiento judicial y reduciendo a una sola subasta las tres previstas por el Reglamento Hipotecario⁷. Para la única subasta, sirve de tipo el pactado en la escritura de constitución de hipoteca y queda adjudicada la vivienda a quien presente la mejor postura con un valor igual o superior al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta.

Cuando la postura inicial sea inferior al 70%, puede presentar el deudor un tercero que la mejore. Pero de no producirse estas posturas, se adjudica la vivienda por un importe igual o superior al 60% del valor de tasación, a instancias del acreedor.

Si el acreedor no hace uso de su derecho, se adjudica al postor que presente la mejor postura, siempre que supere el 50% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra al menos la cantidad reclamada por todos los conceptos. Pero si no hay postor que concurra a la subasta, el acreedor puede pedir la adjudicación por importe igual o superior al 60% del valor de tasación.

La Disposición final tercera del Real Decreto-ley encomienda al gobierno el desarrollo reglamentario de la ejecución extrajudicial que debe contemplar la subasta electrónica, entre otras previsiones.

La naturaleza excepcional y coyuntural de la normas comentadas no solo se deduce de su estricto, y continuamente delimitado, ámbito de aplicación subjetivo del que, naturalmente, se extrae expresamente al deudor que voluntariamente se coloca en el umbral de la exclusión y es sancionado de disfrutar indebidamente de las medidas expuestas⁸. La naturaleza excepcional y coyuntural de la norma comentada se deriva también, del carácter en realidad potestativo para los acreedores de todas las medidas que dispone; aunque es cierto que la práctica totalidad de las entidades financieras han suscrito el *Código de Buenas Prácticas*⁹. A los acreedores es, por otra parte, a quien parece beneficiar más la ejecución extrajudicial de la hipoteca, por su agilidad y menor coste, y no al deudor (tampoco a terceros) que podría verse privado de las garantías que acompañan al procedimiento judicial¹⁰.

En conclusión, aunque afirmara el *Real Decreto-ley 6/2012* que su objeto era «establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria» (artículo 1), esta norma no alteró, en absoluto, la naturaleza *procreditorum* del sistema de contratación y ejecución hipotecarias.

Tampoco supone una novedad, ni cambia nada en la naturaleza *procreditorum* del sistema, el *RD de 15 de noviembre de 2012*, que vino a impedir el lanzamiento de la vivienda en todos los casos de adjudicación al acreedor o un tercero, cuando los deudores se encontraran en riesgo de exclusión social.

Esta norma introduce solo una nueva medida de carácter temporal y excepcional, aplicable en circunstancias extraordinarias y con la única finalidad, según expone su exposición de motivos, de evitar que la adversidad económica de las familias, los condene finalmente a su exclusión social: Según el artículo 1º de este Real Decreto Ley: «Hasta transcurridos dos años desde la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, (es decir, hasta el de 16 de noviembre de 2014), no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad¹¹ y en las circunstancias económicas previstas en este artículo¹².

Diversos colectivos de juristas valoraron duramente este Real Decreto-ley, y por encima de los defectos concretos y las lagunas que se le observaban —como

la no paralización de los intereses de demora o la estricta consideración de los deudores en el umbral de exclusión (quedaban fuera las familias con niños mayores de 3 años o los jubilados, por ejemplo)—, se insistió en que la situación económica requería una profunda reforma de la Ley Hipotecaria, la limitación legal del contenido del contrato, el control judicial de las condiciones de la contratación (cláusulas abusivas de las entidades bancarias, sobrevaloraciones perjudiciales a los ejecutados, intereses leoninos...), y de la ejecución de la garantía hipotecaria, (cuestionando, por ejemplo, el procedimiento extrajudicial hipotecario, sin las garantías del procedimiento judicial).

Insistentemente se reclamaba la posibilidad de ordenar la dación en pago en los casos en que los valores de tasación, reflejados en el contrato, eran muy lejanos a los de la subasta y adjudicación, de modo que el deudor ejecutado perdía el bien por el que se hipotecó y quedaría endeudado, además, de por vida.

Entre todas las opiniones expresadas, merece ser destacada la de la Defensora del Pueblo que, no obstante valorar positivamente la normativa sobre desahucios, incluyó entre las reformas pendientes, la posibilidad de limitar los intereses y costes de demora y los gastos de ejecución; la regulación efectiva de la insolvencia personal y familiar, la aplicación de la dación en pago en determinados casos, o la necesaria elaboración de un concepto jurídico del deudor de buena fe¹³.

A algunas de las carencias y críticas manifestadas entonces, responde la reciente *Ley, 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, cuya tramitación se ha visto acompañada por una *Iniciativa Legislativa Popular para la dación en pago retroactiva, la paralización de los desahucios y el alquiler social*.

La Ley comienza con medidas nuevamente temporales y coyunturales, ordenando la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los lanzamientos de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión (capítulo I). Prevé también ampliar el colectivo de personas en situación de vulnerabilidad que pueden beneficiarse del fondo social de vivienda. Pero en el capítulo II, «*Medidas de mejora del mercado hipotecario*», se contemplan importantes límites en la contratación.

Así, «*El préstamo o crédito garantizado con esta hipoteca no podrá exceder del 60 por ciento del valor de tasación del bien hipotecado. Cuando se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito podrá alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley. El plazo de amortización del préstamo o crédito garantizado, cuando financie la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual, no podrá exceder de treinta años*». (art. 5.2). E igualmente, «*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».

La Ley introduce controles importantes en las sociedades de tasación y sus servicios, así como, se añaden nuevos requisitos formales que quieren garantizar la información, para el que se endeuda, sobre las condiciones que habrá de asumir¹⁴.

Respecto de la ejecución hipotecaria, el CAPÍTULO III contempla la modificación del procedimiento para que el juez pueda paralizar una ejecución si observa la presencia en el contrato de cláusulas abusivas. Esta previsión se incorpora atendiendo a la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la incidencia en la legislación hipotecaria española de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*.

Según esta sentencia, el marco legal de la Ley Hipotecaria en España podría resultar abusivo para los consumidores en la medida en que no permite analizar el contenido de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario por lo que, después de la *Ley 1/2013 de 14 de mayo*, si de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial aprecia en el título ejecutivo la existencia de cláusulas contractuales, que constituyan el fundamento de la ejecución o que hubieren determinado la cantidad exigible, y que hubiesen sido unilateralmente impuestas al consumidor, puede resolver sobre la improcedencia de la ejecución o su continuación, pero sin aplicación de las cláusulas abusivas (por cierto que el auto que así decide es apelable, pero no el que desestima la condición abusiva de una cláusula y acuerda continuar la ejecución [art. 695.4 LEC])¹⁵.

Como destaca CARRASCO PERERA la potestad del juez para actuar de oficio, al respecto, es irrenunciable, tanto en los procesos de ejecución ordinarios, como en el de ejecución hipotecaria, aunque el legislador abra ahora la posibilidad de una oposición de parte deudora en el proceso de ejecución; y así lo observa reconocido en resoluciones comunitarias y nacionales (cfr. STJCE 4.6. 2009 [TJCE 2009, 155, asunto Pannon GSM], TS en la STS 1 julio 2010 [RJ 2010, 6554]; Auto de la AP Santa Cruz de Tenerife, Sección 4^a, 5.7.2011, [AC 2011, 2075])¹⁶.

También en la venta extrajudicial, que de nuevo es objeto de reforma, el notario puede advertir a las partes si existe alguna cláusula que pueda ser considerada abusiva, y puede ser suspendida la venta extrajudicial, cuando las partes acrediten que, conforme al artículo 129 LH, se ha solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta.

En la subasta se introduce un mínimo en el valor de tasación del bien que no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo, y si la subasta concluye sin postor, se incrementan los porcentajes de adjudicación de la vivienda habitual del 60, hasta un máximo del 70 por cien.

Por otro lado, se facilita el acceso de postores a las subastas y se rebajan los requisitos que se imponen a los licitadores. Pero si tras la ejecución hipotecaria de una vivienda habitual aún quedara deuda por pagar, se puede condonar parte de la deuda remanente y se permite que el deudor participe de la eventual revalorización futura de la vivienda ejecutada.

El actual sistema de quitas (reducción del 35% si se paga la deuda en 5 años y del 20% en 10 años) se aplica retroactivamente a las adjudicaciones de vivienda habitual hipotecadas anteriores a la entrada en vigor de la ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos de 5 o 10 años¹⁷.

También se establece una nueva regla de imputación de pagos: la cantidad de adjudicación del bien se imputará, en primer lugar, a intereses remuneratorios, después al principal, después a los intereses moratorios y finalmente a las costas¹⁸. Estas, por otra parte, se han limitado al 5% del total reclamado, cuando se trata de la ejecución de la vivienda habitual.

La *Ley 1/2013* no incluye, desde luego, la dación en pago retroactiva, en el sentido de considerar suficiente, en vía de ejecución, la entrega de la vivienda para saldar la deuda hipotecaria contraída¹⁹. En la nueva redacción del artículo 579 LEC se insiste sobre el hecho de que «*Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución*» aunque es posible aplicar las quitas apuntadas.

No se puede negar, sin embargo, que el paquete de medidas ofrece respuestas a muchas cuestiones planteadas sobre las condiciones de contratación de los préstamos y créditos hipotecarios, sobre la liquidación de la deuda cuando, por el cambio extraordinario de circunstancias debido a la crisis económica se hace imposible de afrontar al deudor sobreendeudado, así como sobre el procedimiento de ejecución judicial y extrajudicial de la hipoteca.

Pero, sobre todo, a la vista de las reformas que opera en la Ley Hipotecaria, la de Regulación del Mercado Hipotecario y la Ley de Enjuiciamiento Civil, es posible afirmar que la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, da entrada a la intervención pública, preventiva y judicial, propias del Derecho del Consumo, en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios, limitando previamente lo que se puede pactar, permitiendo en algunas condiciones que el deudor se desvincule de lo estrictamente pactado y admitiendo la paralización de las ejecuciones o la alteración de sus términos, de modo que la admisión del principio *proconsumatore* y el control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, podría resultar igual o más relevante para la protección del deudor, que la propia previsión de la dación en pago retroactiva.

III. LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES Y LAS DACIONES EN PAGO ORDENADAS ANTES DE LA *LEY 1/2013*

En una valoración global y previa de las últimas medidas adoptadas destaca, en efecto, el protagonismo de la intervención judicial en el control de lo pactado en el préstamo o crédito hipotecarios, en la liquidación de la deuda e incluso en la ejecución de la garantía. Y es notorio que, antes de que el legislador se decidiera a proteger a los deudores hipotecarios, jueces y tribunales han actuado con compromiso, decisión y extraordinaria sensibilidad al problema económico y social, pero también jurídico, —de justicia contractual—, en las ejecuciones hipotecarias que se han multiplicado en este marco de gravísima crisis económica.

La intervención judicial sobre cada contrato de préstamo hipotecario ha sido ciertamente la primera respuesta que han encontrado los deudores hipotecarios sobreendeudados en nuestro sistema.

Las resoluciones que ordenaban daciones en pago o paralizaban los desahucios, también las relativas a cláusulas abusivas en la contratación, han precedido a las normas de protección aprobadas; y a la vista de estas, parece que la intervención del juez actuando la justicia contractual, resultará siempre imprescindible para interpretarlas, aplicarlas e integrarlas, en cada caso, con los recursos que ofrece el ordenamiento en general y el Derecho de contratos en particular.

A la dación en pago ordenada por algunos jueces en los últimos años es obligado referirse. Desde luego, por la sensibilidad y el compromiso con la justicia que jueces y tribunales han demostrado ante los deudores hipotecarios ejecutados, pero también, por los distintos fundamentos de las resoluciones que se han pronunciado a favor de entender saldada la deuda con la adjudicación del bien hipotecado al acreedor, a pesar de que su valor no cubriera el importe debido; por la importancia que se concede en estos fundamentos jurídicos al principio del equilibrio contractual y por la tutela que ofrecen al deudor de buena fe:

La primera de estas resoluciones que deben considerarse es la *Sentencia de 13 de noviembre de 2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella (Navarra)* que estimó suficiente la entrega del piso hipotecado al acreedor para entender liquidada la deuda, basándose en que este había admitido en la tasación, hecha al contratar, que el valor del inmueble correspondía a una cantidad superior al principal del préstamo, aunque en el momento de la ejecución resultara inferior.

Esta sentencia fue confirmada por *Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 17 de diciembre de 2010*²⁰ en el que se descartaba que la entidad financiera hubiera incurrido en abuso de derecho, al solicitar que continuara la ejecución sobre el patrimonio del deudor, pero sí estimaba «moralmente rechazable» esa petición, porque de la pérdida del valor del bien hipotecado, derivada de la crisis económica, podía entenderse responsable, en gran parte, al sistema financiero.

El Tribunal invoca el artículo 3 del Código Civil para realizar una interpretación de las normas, también las de ejecución hipotecaria, de acuerdo a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo *a su espíritu y finalidad*. Acude así mismo a la doctrina sobre la vinculación de los actos propios, siguiendo la estela marcada por el juez de instancia: *«(...) la afirmación de la parte recurrente de que la finca en sí tiene un valor real que es inferior a la deuda reclamada, debe contrastarse con la propia valoración que se hace en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que formalizaron las partes y singularmente por lo que supone un acto propio, del propio banco cuando, con arreglo a las cláusulas séptima, novena bis y décima, siendo el objeto y finalidad del préstamo la adquisición de la finca finalmente subastada, y a los efectos de su valor en subasta, se fijó la cantidad de 75.900 €»*.

No obstante, este mismo Tribunal, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Navarra, revocaría posteriormente una sentencia semejante estableciendo una dirección contraria, con otro *Auto de 4 Mayo de 2012* que permitía continuar la ejecución sobre el restante patrimonio del deudor, de acuerdo a los artículos 1911 del Código Civil, 105 LH y 579 LEC, para satisfacer al acreedor el importe no cubierto con la adjudicación del bien hipotecado.

En este segundo auto, la Audiencia Provincial de Navarra llega a afirmar que la admisión de la dación en pago, en los términos admitidos por el juzgado, afecta al principio de seguridad jurídica *«en cuanto alteran el marco normativo y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria»* y deja en manos del legislador la posibilidad de imponer al acreedor hipotecario la dación en pago: *«Ya no es un problema de interpretación o valoración, sino de sujeción al ordenamiento jurídico. En suma deberán ser otras instancias: legislativa, ejecutiva, política, social, las que puedan o quieran implementar nuevas medidas o soluciones a la dramática situación que plantea la ejecución hipotecaria, en el marco de la crisis económica y financiera, en que se debate el país»*.

Sin embargo, la sentencia recoge un voto particular que subraya cómo los numerosísimos procedimientos de ejecución hipotecaria son *«consecuencia para una mayoría de ejecutados, de una situación económica y financiera que no ha sido fruto de su voluntad»*, Y, por otra parte, la sentencia apunta que los afectados por la ejecución no utilizaron argumentos que sí podrían haber enervado la continuación de la ejecución; lo que viene a admitir, entonces, que de usar esos argumentos hubiera sido posible paralizarla. Entre esos argumentos: que la entidad de crédito en su solicitud de continuar la ejecución, actuaba con abuso de derecho o en contradicción *«con sus propios actos»*, o que el incumplimiento de los pagos del préstamo hipotecario se debía a *«circunstancias sobrevenidas»* determinadas por *«el contexto social y económico en que actualmente nos hallamos inmersos, ante la inesperada y vertiginosa deriva en los últimos años de la crisis económica y financiera»*.

Entre el *auto de 17 de diciembre de 2010* y el de *4 de Mayo de 2012 de la Audiencia provincial de Navarra*, se producen un *auto del Tribunal Constitucional 113 /2011, de 19 de julio*, —mediante el cual, declara este Tribunal la constitucionalidad del artículo 579 de la LEC²¹—, y la publicación del *Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio*, que, según hemos visto, introduce el incremento del 50% al 60% del valor de tasación la cantidad por la que el acreedor hipotecario puede pedir la adjudicación del bien subastado sin que hubieran concurrido postores.

Este *auto 113/2011 del Tribunal Constitucional*, tiene su origen en una cuestión de constitucionalidad planteada en septiembre de 2010 por un juez de Sabadell, al estimar que la normativa aplicable a la ejecución de las hipotecas y desahucios, podría vulnerar los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y el derecho a la vivienda.

El Tribunal Constitucional concluye sobre su falta de competencia para plantear modificación alguna en la ejecución hipotecaria, que, entiende, no vulnera el derecho a la defensa de los deudores ejecutados en la medida que el procedimiento les permite evitar el embargo (pagando) y plantear además un proceso declarativo. Pero el auto contó con un voto particular en contra, en el que el Magistrado discrepante trae a consideración la «realidad social y jurídica» para poner de manifiesto que los ciudadanos contrataron hipotecas sin poder valorar los riesgos por la «*complejidad y opacidad*» del sistema financiero; y que esos riesgos «*muy posiblemente*» también fueron ignorados por las entidades de crédito, de modo que los contratantes (prestatarios y prestamistas) emitieron su consentimiento bajo «*errores sustanciales*».

Tras el auto del Constitucional, se producen otras resoluciones judiciales que paralizaban las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, una vez adjudicada la vivienda al acreedor, con los argumentos del ejercicio abusivo del derecho que genera un enriquecimiento injusto, o la actuación contra los propios actos, (el de la tasación inicial) por parte del acreedor hipotecario en la ejecución:

El *auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011* afirma así: «*Si el banco, parte fuerte en el contrato de adhesión que firma con el prestatario, tasa la finca hipotecada en una determinada cuantía, no puede luego, si no quiere contravenir dicha doctrina, de reiterada aplicación jurisprudencial, incorporar como propio el bien subastado sin darle el valor que él mismo fijó*».

Al mismo tiempo, y en lo que a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho se refiere, el Tribunal estima que la entidad financiera incurre en abuso de derecho, en la medida en que tomando como base lo dispuesto en una norma jurídica, se busca obtener una consecuencia que no entra dentro de la previsión para la cual hay que entender que ha sido dictada. En este sentido señala la resolución:

«(...) La finalidad del procedimiento de ejecución hipotecaria es la de que el acreedor, por vía de ejecución del bien gravado en garantía, cobre la deuda que el prestatario tenga pendiente. Lo que la entidad financiera pretende aquí, es una interpretación del artículo 579 LEC que contravenga la finalidad misma del proceso, procurando al acreedor un beneficio injustificado que, hay que presuponer, la norma no busca amparar. En este sentido, la actuación de la entidad financiera se considera contraria al principio de la buena fe que debe presidir el ejercicio de un derecho (art. 7 CC).

(...) De mantenerse el criterio de instancia Deutsche Bank obtendría un enriquecimiento injusto ya que después de haber cobrado lo adeudado podría, sin justa causa, obtener otras cantidades que no le corresponderían y que buscarían su amparo en una interpretación formalista de la citada norma que, ya ha quedado dicho, olvidaría el hecho de que el acreedor sí que ve satisfecho su crédito con el producto de la subasta que, en el caso concreto, es el derivado de ingresar, en su patrimonio, un bien valorado por las partes en una suma superior a la adeudada. Es este hecho el que impide sostener que en el caso enjuiciado la reclamación se basa en un precepto legal (art. 579 LEC) que excluye la aplicación de la doctrina jurisprudencial».

Son los mismos argumentos del auto de 10 de enero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia de Torrejón de Ardoz, que paraliza el procedimiento de ejecución hipotecaria contra el deudor ejecutado y contra los fiadores del crédito, e insiste en el contexto de crisis económica y la cuota de responsabilidad que, de la misma, correspondería a las entidades de crédito: «(...) el contexto de crisis económica excepcional que rodea el caso y que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto de aquel, tal y como aduce el recurrente. Para llegar a esta conclusión es necesario poner de manifiesto dicho contexto como pauta interpretativa que ha de guiar la aplicación sistemática de las normas (art. 3.1 CC)».

«La aplicación automática de la regulación de la ejecución hipotecaria desconociendo esta situación actual de crisis económica excepcional conllevaría dejar exento de responsabilidad a uno de los partícipes, como entidad financiera, en la causación de dicha situación, al haber valorado el bien objeto de garantía especulativamente o de manera irreal, y le permitiría además adquirir el citado bien por un precio irrisorio y continuar adelante con la ejecución contra los bienes personales del deudor exigiendo una cantidad dineraria que rozaría incluso el importe del préstamo concedido. De permitir esto se estaría amparando una operación, si bien más sofisticada y perjudicial para el sistema económico global como se ha demostrado, que no difiere mucho de la usura, proscrita por nuestro ordenamiento desde la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908 (arts. 1 y 9)».

Las resoluciones apuntadas son extraordinarias al sistema, y de hecho, generaron cierta alarma y confusión entre los propios jueces y otros operadores jurídicos.

El mismo *auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre*, incorpora un voto particular en el que uno de los magistrados manifiesta que no puede haber enriquecimiento injusto, ni abuso de derecho, en el que obra de acuerdo con la ley que permite al acreedor reclamar al deudor el importe que resta del crédito, cuando la ejecución no le ha procurado cantidad suficiente. Recuerda el Magistrado, a este respecto, la doctrina del Tribunal Supremo que limita la posibilidad de la dación en pago a si se ha pactado conforme al artículo 140 de la Ley Hipotecaria. Lo que se refleja, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008, en la que se afirma: «*No actúa el acreedor con manifiesto abuso de derecho si exige al deudor el importe que resta del crédito por el que ejecutó, cuando en el proceso de ejecución no ha conseguido la cantidad suficiente para la satisfacción total de aquel. Ello solo puede suceder si se ha pactado al amparo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria la hipoteca de responsabilidad limitada, que es una excepción a lo que dispone el artículo 105 de la misma Ley y que concreta la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor; al importe de los bienes hipotecados, no pudiendo alcanzar a los demás bienes del deudor. El pacto permitido por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria no se concertó en la escritura de préstamos hipotecarios convenida entre demandante y demandados, por lo que en tal supuesto, la hipoteca, según el artículo 105 de la misma Ley, no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil, o sea, que se pueden perseguir otros bienes distintos de los hipotecados hasta la entera satisfacción del crédito*».

Ciertamente, no hay norma en nuestro ordenamiento que respalde una dación en pago no voluntaria para el acreedor. La voluntad del acreedor es condición tanto para aplicar el artículo 140 LH, como el artículo 3 del *Código de Buenas Prácticas*, que figura como anexo al RD 6/2012, de 9 de marzo, ya que es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito. Y es Jurisprudencia consolidada, la que desestima las alegaciones del deudor que pretende que la ejecución no continúe sobre su patrimonio, cuando la adjudicación del bien hipotecado no ha sido suficiente hasta saldar por completo la deuda

Tras la *Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, la situación no ha cambiado, pero no hay que descartar que otros jueces paralicen las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, una vez adjudicado el bien al acreedor; justificando esa decisión, no ya en una norma que la respalde, pero sí, en principios de justicia contractual y de Derecho Comunitario.

Ni la Iniciativa Legislativa Popular, ni nuestros jueces, han conseguido que el legislador incorpore a una norma la dación en pago forzosa para el acree-

dor, ni siquiera en determinados casos. Sin embargo, estos últimos, los únicos responsables de que se refleje en la *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, la necesaria incorporación del control judicial sobre el equilibrio contractual al procedimiento hipotecario, a pesar de su carácter sumario. Y admitido este control judicial del equilibrio contractual en la ejecución hipotecaria, no habría que descartar que pudiera acordarse puntualmente la dación en pago²².

Es lo que parece defender el *auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011*: «*Se olvida a veces que en la interpretación y aplicación de las leyes los tribunales deben buscar aquella respuesta que, sin contravenirlas, sea más acorde con una decisión justa, que es lo que, en última instancia, la ciudadanía espera de un “tribunal de justicia”. Aquí existen normas y doctrinas jurisprudenciales ya citadas que no solo permiten acoger la pretensión de la parte recurrente sino que llevan a una aplicación integrada de los preceptos del ordenamiento jurídico que posibilitan tanto que un acreedor vea resarcido su crédito como que un deudor no deba pagar, sin causa justificada, mayor suma que la por él debida*».

IV. LA MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO, DE 5 DE ABRIL DE 1993. LA NECESARIA INCORPORACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL AL PROCEDIMIENTO

Ya ha quedado anotado que en el origen de la nueva *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, que incorpora el control judicial de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria, está la cuestión prejudicial planteada al Tribunal Superior de Justicia Europeo por el Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, a raíz del caso de un cliente de *Catalunya Caixa*, que se había adjudicado la vivienda del denunciante por la mitad de su valor.

La abogada general del Tribunal de la UE, Juliane Kokott, informó de que con la normativa española en ejecución hipotecaria se producía indefensión de los consumidores ante la aplicación de «cláusulas abusivas» en los préstamos hipotecarios, y finalmente por la *sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013*, el procedimiento de ejecución hipotecaria tendría que modificarse al amparo de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*.

De acuerdo a ello, y según ha quedado expuesto, la *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, contempla la modificación del procedimiento ejecutivo para que el juez pueda paralizar una ejecución, de oficio a instancia de parte, cuando observe la presencia en el contrato de cláusulas abusivas. También puede ordenar su continuación, pero sin aplicación de la cláusula abusiva de que se trate. Así mismo,

en la venta extrajudicial, el notario puede advertir a las partes si existe alguna cláusula que pueda ser considerada abusiva. En todo caso, puede ser suspendida esta venta cuando se acredite que, conforme al artículo 129 LH, se ha solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando su improcedencia.

Mientras el Tribunal de Justicia de la UE se pronunciaba, dado el carácter vinculante de este pronunciamiento, un número importante de juzgados en toda España comenzaron a suspender los procedimientos y a paralizar los desalojos. En este momento se justifican también las paralizaciones por petición de justicia gratuita y para instar a las partes a una negociación. Pero al mismo tiempo, desde algunas instancias, se insistía en que el juez que interviene en una ejecución hipotecaria está vinculado por la ley. Así, el 20 de noviembre de 2012, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña adoptó, fuera del orden del día, un acuerdo sobre los procesos hipotecarios recordando a los jueces que: *«Pese a la situación de angustia y desesperanza en la que se encuentran muchas familias de nuestro país, la Sala de Gobierno quiere poner de relieve que los jueces y tribunales carecen de competencia legislativa, y por tanto de poder para dejar de aplicar las normas vigentes»*. El acuerdo admite los «esfuerzos interpretativos» de los jueces a favor de los más desprotegidos, pero siempre *«sin desplazar la ley»*, *«porque ello supondría convertir a los jueces en legisladores, lo que está vedado por la Constitución»*²³.

No obstante, con la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, quedó claro que los jueces tienen la obligación de controlar de oficio las cláusulas abusivas, también en los contratos con garantía hipotecaria; y los notarios y registradores deben procurar también ese control; pues, ni el procedimiento de ejecución hipotecaria, ni el procedimiento extrajudicial de venta del inmueble, pueden provocar la desprotección del consumidor²⁴.

Desde esta sentencia, y centrándonos en el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas, es claro que, en nuestro procedimiento hipotecario, el juez ya no puede limitarse a realizar un análisis formal del título ejecutivo, sino que tiene la función de proteger al consumidor y sus intereses; y por ello, vigilar el equilibrio contractual en la contratación²⁵.

El artículo 82 del RD legislativo 1/2007 de 16 de noviembre considera cláusulas abusivas a las que causan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato en perjuicio del consumidor. También la *Directiva 93/13/CEE* afirma en el artículo 3.1: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas si, 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»*. Así pues, si de lo que se trata es de garantizar el equilibrio contractual y la defensa del deudor consumidor, el control judicial debe extenderse a todas las fases del contrato: desde la información pre-contractual, a la contratación y a sus efectos²⁶.

Pero aún más, dada la naturaleza comunitaria, y por tanto la supremacía, del principio *proconsumatore* y del equilibrio contractual, es razonable plantearse si el juez nacional debe intervenir también, de algún modo, como juez comunitario, cuando el desequilibrio contractual viene determinado, no ya por una cláusula contractual, sino por una norma interna²⁷.

Como defiende ALAMO GONZALEZ, si lo que consagra la *Directiva 93/13/CEE* del Consejo es un principio comunitario de equilibrio contractual, entonces debe preservarse, no solo frente a las cláusulas *interpartes*, también frente a las normas nacionales que lo infrinjan (incluso frente a las normas comunitarias). Ante una norma que comprometa el equilibrio contractual, el juez nacional debería corregirla, vía interpretación, vía desplazamiento de esa norma ante el Derecho Comunitario, pues si cada juez nacional lo es también comunitario, el principio *iura novit curia* se extiende al control judicial de la adecuación entre el Derecho Nacional y el Derecho Comunitario²⁸.

El juez nacional que interviene en las ejecuciones hipotecarias tendría así, la función de eliminar obstáculos procesales restrictivos de la protección del consumidor y podría, por ejemplo, suspender la ejecución hipotecaria con posterioridad a la adjudicación del inmueble hasta el momento de la resolución del proceso declarativo interpuesto por el ejecutado, y mantener la anotación preventiva de la demanda de este proceso declarativo, sin cancelación de la misma por la purga de la hipoteca.

Podría incluso ordenar la dación en pago con el argumento de que la norma nacional de la adjudicación, por un valor inferior al de la contratación, genera un desequilibrio contractual; sin necesidad de acudir a la mala fe de la entidad de crédito que quiere continuar la ejecución, a una actuación en contra de sus propios actos o al enriquecimiento injusto que obtiene²⁹.

En todo caso, es claro que el juez nacional, como juez comunitario, puede paralizar la ejecución para plantear cuestión prejudicial al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (art. 43 LEC), aunque esta también podría plantearse en el curso de la ejecución ordinaria posterior a la adjudicación del bien inmueble³⁰.

V. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL EQUILIBRIO CONTRACTUAL, INICIAL Y FUNCIONAL. FUNDAMENTO E INSTRUMENTOS EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Expuesto todo lo anterior resulta que, al margen de las concretas disposiciones del legislador para aliviar la situación del deudor hipotecario sobreendeudado, y admitido que la nueva ley reconoce el control judicial de la justicia contractual en la ejecución hipotecaria, es cuestión central analizar con qué facultades cuenta el juez en este marco, para adaptar los términos de un contrato,

declararlo ineficaz, o integrarlo incluso, si ello se hace necesario en atención a la justicia contractual, por las circunstancias que han concurrido en su contratación o por las que han sobrevenido en su cumplimiento.

Ya el Derecho romano concedió al juez la facultad de juzgar *ex aequo et bono*, en las acciones *ex bona fide*, para moderar el *rigor iuris*; y a lo largo de los siglos, instituciones seculares reflejan la necesaria búsqueda del equilibrio en las prestaciones de las partes, —la justicia contractual—, como ineludible tarea del juez, que debe resolver en atención a la buena fe y la equidad³¹.

En la actualidad, todos los ordenamientos europeos arbitran instrumentos para garantizar el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el de cumplimiento del contrato. Entre estos instrumentos tiene un lugar destacado la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*», que permite una revisión de lo inicialmente pactado y de los términos de cumplimiento del contrato, por producirse circunstancias muy onerosas o que generan gran desequilibrio respecto de las condiciones iniciales.

La centralidad que el equilibrio contractual alcanza en el actual Derecho de contratos, también en España, queda de manifiesto cuando ya se han producido iniciativas para incorporar expresamente la cláusula *rebus sic stantibus* al Código Civil, con la revisión y la resolución contractual en caso de alteración extraordinaria de las circunstancias³².

El hecho es que el mantenimiento del equilibrio contractual requiere no solo el control de lo que se pacta, también de cómo se cumple lo pactado, porque como afirma CHAMIE, si en la fase de formación del contrato la justicia contractual exige que no haya debilidad en una de las partes al contratar, por estado de necesidad, inexperiencia, falta de información..., es decir, exige «equilibrio inicial»; en la fase de ejecución del contrato, la justicia contractual requiere el «equilibrio funcional», que puede romperse cuando se producen circunstancias no previstas y no imputables a las partes³³.

El control exclusivo de lo que se pacta, de las cláusulas incorporadas al contrato, en suma, no es suficiente para garantizar el equilibrio y la justicia contractual, sino que requiere la valoración del equilibrio originario y del equilibrio funcional. Ambos controles se complementan de un modo lógico.

Muchos de los instrumentos que permiten mantener el equilibrio inicial y funcional de las partes en el contrato, encuentran fundamento en nuestro ordenamiento, en un principio de *reductio ad aequitatem*, por *laesio ab initio* o *laesio superveniens*, que permite al juez resolver, apartándose de lo pactado por las partes, en atención a una falta de equidad en las estipulaciones (desequilibrio originario) o una falta de equilibrio en las condiciones de su cumplimiento (desequilibrio funcional).

Se trata este, de un principio de moderación, adaptación, incluso integración, de los contratos, que actúa, bien porque en el momento genético de las obligaciones de las partes, una de ellas ha experimentado desigualdad, necesidad,

peligro, apremio económico, dependencia, ignorancia o inexperiencia; un estado de debilidad que ha aprovechado la otra parte y está en el origen del desequilibrio de prestaciones; bien, porque la modificación de las circunstancias originarias, por causas no imputables al perjudicado, provocan la falta de equilibrio de la prestaciones en el momento del cumplimiento.

Encuentra CHAMIE este principio en la elaboración dogmática del sistema jurídico romanista, expresamente aplicado en el medioevo, en el que se consolida la doctrina sobre la necesidad de moderar los contratos de duración afectados por un desequilibrio; aunque entra en crisis en el siglo XIX, con el triunfo del dogma de la autonomía de la voluntad incorporado a los Códigos decimonónicos (el mismo dogma que sostiene nuestra ejecución hipotecaria). Pero el siglo XX termina por cuestionar ese dogma, y la justicia contractual vuelve a ser fundamento de la obligatoriedad de los contratos, junto con las exigencias de la buena fe, la equidad, la colaboración y la solidaridad *interpartes*.

El Derecho contractual uniforme, —los principios Unidroit 2010, los PECL (Principios de Derecho Europeo de Contratos)³⁴; El DCFR, (Proyecto de Marco Común de Referencia) y la Propuesta CESL (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de Compraventa europea, de 2011)—, ha venido a consagrar también la imprescindible intervención judicial, ya sea sobre la formación del contrato, como sobre los términos de su ejecución, en aras de la justicia contractual³⁵:

Los Principios UNIDROIT 2010, por lo que respecta al equilibrio inicial u originario, —en el capítulo 3, relativo a la validez del contrato, en su sección 2 sobre causas de anulación—, regulan la «excesiva desproporción» entre las prestaciones o «*gross disparity*» (art. 3.2.7) junto con los vicios del consentimiento en el contrato (error, dolo, intimidación) (art. 3.1.4). Y el artículo 3.2.7 concede a la parte perjudicada una acción de anulabilidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, si lo contratado otorga a la otra parte una ventaja excesiva, porque se haya aprovechado del estado de debilidad de la otra o en atención a la naturaleza y finalidad del contrato. Este artículo, en sus párrafos segundo y tercero, permite que, a instancia de parte, el juez pueda *adaptar* el contrato o alguna de sus cláusulas, según los criterios comerciales razonables de lealtad negocial. El artículo 5.1.7, referido a la determinación del precio, en su apartado 2 establece, incluso, que cuando dicha determinación quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio *será sustituido* por uno razonable.

Por lo que respecta al equilibrio funcional, los Principios UNIDROIT 2010 incluyen en el Capítulo 6, la sección 2, titulada «excesiva onerosidad» (*Hardship*). Y en ella, el artículo 6.2.1, declara la «excesiva onerosidad» como excepción al principio de obligatoriedad del contrato, principio que rige, no obstante, aun cuando el cumplimiento para una de las partes llegue a ser más oneroso.

El segundo párrafo de este artículo 6.2. define la excesiva onerosidad como la situación en que el equilibrio del contrato es alterado de modo sustancial (incremento del costo de la prestación a realizar o disminución de la que se recibe), debido a circunstancias que se producen o son conocidas por el afectado posteriormente a la celebración del contrato, de modo que en ese momento no pudo asumir el riesgo de que se produjera. Los ejemplos que acompañan al comentario oficial contemplan casos, tanto de frustración, como de excesiva onerosidad. En todos ellos, dice el párrafo 3 del artículo 6.2, que, después de que hayan fracasado las negociaciones iniciadas por la parte perjudicada para renegociar el contrato, el juez podrá, a instancia de parte, resolver o *adaptar* el contrato.

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL), en cuanto al equilibrio originario del contrato, contemplan, como causa de invalidez, el «excesivo beneficio o ventaja injusta», —*excessive benefit or unfair advantage* (art. 4:109)—, y otorgan al perjudicado, por esa razón, una acción de anulabilidad; aunque también se admite que cualquiera de las partes puedan solicitar su *adaptación*.

El artículo 4:110, regula las «cláusulas abusivas no negociadas individualmente» que causan un importante desequilibrio en los derechos y obligaciones recíprocas, en perjuicio de una parte y en contra del principio de buena fe. Y, como los Principios UNIDROIT 2010, los PECL contemplan la posible *sustitución* de un precio extraordinario y determinado por una de las partes, sin que quepa estipulación en contra (art. 6:105).

En cuanto al equilibrio funcional, el artículo 6:111 de los PECL expresa la obligatoriedad del contrato, aun cuando la prestación haya llegado a ser más onerosa para una de las partes, pero dispone la obligación de ambas de negociar una *adaptación*. Pero en caso de no haber llegado un acuerdo previo en un plazo razonable, cuando el cumplimiento del contrato resulte excesivamente gravoso debido a un cambio de circunstancias sobrevenidas que no hubieran podido preverse y a la parte afectada no deba atribuírsele dicho riesgo, se permite al juez *adaptar* o poner fin al contrato, de modo que las pérdidas y ganancias derivadas del cambio de circunstancias, puedan ser repartidas entre las partes de forma equitativa y justa³⁶.

También el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR) establece instrumentos de control del equilibrio contractual, tanto en la formación del contrato como en el momento de su cumplimiento³⁷. Así, regula la invalidez por aprovechamiento o explotación injusta en perjuicio de una parte, «*unfair exploitation*» (II.- 7:207). Lo que determina que cualquiera de las partes pueda solicitar al juez la adaptación del contrato de acuerdo con la buena fe y la equidad. Y se contemplan también los «términos no negociados individualmente» (II.- 9:103 y II.- 9: 403). Pero admite, igualmente, una posible *adaptación* o ineficacia sobrevenida del contrato, dispuestas por el juez, por un cambio de circunstancias (III.- 1:110).

Finalmente, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de Compraventa europea, de 11 de octubre de 2011 (Propuesta CESL³⁸) considera tanto la *laesio ab initio* como la *laesio superveniens*, y entre los vicios del consentimiento regula un derecho de anulación y de indemnización al perjudicado por «explotación injusta» (art. 51), aunque no autoriza en estos casos al juez para adaptar el contrato de acuerdo a la buena fe, como en los instrumentos anteriores.

En el artículo 7 contempla las cláusulas no negociadas individualmente: en el 74 los casos de determinación unilateral del precio y en el Capítulo 8, las «cláusulas contractuales abusivas»³⁹. Pero también, en los artículos 88 y 89 se dispone la exoneración del incumplimiento por «incapacidad de cumplimiento» debida al «cambio de circunstancias».

De todo lo expuesto se concluye claramente que en los sistemas de contratación europeos del siglo XXI la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social del contrato (su causa), por lo que deben, todos ellos, arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el de cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y a la equidad⁴⁰. Y ello es, desde luego, ineludible cuando una de las partes es consumidor, y es obligado defenderlo para los Derechos nacionales de los países miembros de la Unión Europea⁴¹.

De este planteamiento no puede escapar nuestro el sistema de contratación y garantía hipotecarias: el cumplimiento de su función económico-social reclama el control judicial del equilibrio contractual en el momento de la contratación, pero también en el momento del cumplimiento. De modo que es preciso considerar, no solo la concurrencia de condiciones abusivas a la hora de contratar, también la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que afecten a la relación causal que garantiza la hipoteca y la oportunidad de aplicar, o no, determinadas normas, en atención a la buena fe y a la prohibición del abuso del derecho.

Esta perspectiva, —la de la justicia contractual en Derecho del consumo—, es imprescindible para valorar, aplicar e *integrar* las nuevas medidas de protección del deudor hipotecario y las que puedan adoptarse en el futuro; y desde esta perspectiva se advierte, entonces, que esas medidas de protección no deberían convertirse, como un efecto perverso, en un límite a la función y la potestad del juez para reequilibrar la justicia contractual en los préstamos hipotecarios.

La naturaleza deliberadamente privilegiada del procedimiento hipotecario, por ser clave para el funcionamiento del tráfico inmobiliario, no puede impedir el control judicial que aplique los principios nacionales y comunitarios de protección del consumidor y justicia contractual. Seguramente es necesario, al sistema de contratación y garantía hipotecarias que dicho procedimiento sea sumario, sin contradicción y se ordene al fin último de realización del bien dado en ga-

rantía. Pero el sistema, y con él el procedimiento de ejecución hipotecaria, debe incorporar esos principios, fundamento del orden económico europeo actual.

Desde esta perspectiva se justifica la estricta exigencia de la forma cuando viene a proteger al consumidor, y la consecuente paralización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, de acuerdo al artículo 149 LH, por no haber formalizado la cesión del crédito hipotecario, con escritura pública e inscripción, cuando el crédito fue concedido por entidades que luego se han integrado en otras⁴².

Pero igualmente podría discutirse la validez de la norma que fija la valoración del inmueble en un 50, 60 o 70% respecto del valor que las partes le asignaron inicialmente. Norma que, por cierto, se ha cuestionado en varias ocasiones, incluso por nuestro Tribunal Supremo; pues el sobreprecio ficticio de las inmuebles, plasmado en los contratos con la creencia de que continuaría aumentando el valor de los mismos indefinidamente, ha sido consentido por los acreedores hipotecarios en un fomento irresponsable del consumo, concediendo créditos sin analizar la solvencia de los deudores. Y si la responsabilidad de ese sobreprecio inicial es mayor en el ente financiero, no se explica porqué en la ejecución la pérdida del valor deba de imputarse por completo al deudor consumidor⁴³.

VI. LA BUENA FE Y LA EQUIDAD EN EL CONTROL DE LA JUSTICIA CONTRACTUAL HIPOTECARIA.

Ciertamente, como el principio de *reductio ad aequitatem*, la interpretación y aplicación de los instrumentos que buscan el equilibrio contractual, originario o funcional, debe hacerse atendiendo a la buena fe y a la equidad en el caso concreto.

Sobre la equidad y la buena fe se sostienen, también, los deberes contractuales de información, transparencia, seguridad, lealtad, cooperación, o renegociación, que conforman el contenido obligatorio del contrato y tienden a preservar el equilibrio contractual en la contratación de Consumo.

La aplicación de la buena fe y la equidad, permite declarar abusiva una cláusula según en que circunstancias se haya incorporado, —o injusta la aplicación de una norma—, y distribuir entre las partes el riesgo de las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar el incumplimiento del contrato.

En suma, la equidad y la buena fe permiten diferenciar en qué casos y cómo debe ser protegido el deudor. Y para su valoración resulta imprescindible la intervención judicial⁴⁴:

Será entonces el juez quien deba decidir si hubo mala fe en la entidad financiera cuando se haya producido una irregular valoración del inmueble realizada por los tasadores, normalmente, designados por la entidad de crédito.

También cuando la entidad de crédito no formule requerimiento al deudor ante el desmerecimiento del bien inmueble en mas de un 20% (art. 9 RD 716/2009)⁴⁵. O cuando se niega a negociar otras vías de satisfacción del crédito y reclama ciegamente la subasta. Finalmente, podría estimar el juez la mala fe de la entidad acreedora que, en la ejecución posterior a la adjudicación en subasta del bien por un valor, ha conseguido negociarlo a un precio más alto. En este sentido se manifestó el Tribunal Supremo en *sentencia de 14 de mayo de 2002*⁴⁶.

También decidirá el juez si el deudor fue irresponsable en su endeudamiento, si es que el deudor, en realidad, no quiere conservar el inmueble, o si su situación, en suma, se debe, no tanto a la falta de capacidad de pagar, como a la voluntad de no pagar o de desvincularse cómodamente del contrato de préstamo o crédito hipotecarios.

CONCLUSIONES

I. Las medidas para la protección de los deudores hipotecarios, que se inician con el *Pacto de Zurbano* en 2010, eran fundamentalmente de índole social, coyunturales y no abordaban los problemas derivados de un sistema de contratación y ejecución hipotecarias demasiado favorable al acreedor.

II. La situación económica ha convertido en urgente una necesidad, ya manifestada anteriormente, de reforma profunda de la Ley Hipotecaria: la de incorporar la intervención propia del Derecho del consumo en el sistema de contratación y ejecución hipotecarias: la limitación legal del contenido del contrato y el control judicial de las condiciones de la contratación y de la ejecución de la garantía hipotecaria,.

III. La última *Ley 1/2013, de 14 de mayo*, da entrada al control judicial sobre el equilibrio contractual en el procedimiento hipotecario. Pero solo reconoce el control del equilibrio inicial y sobre las cláusulas *interpartes*. No permite al juez, al menos expresamente, controlar el equilibrio «funcional» y valorar sobre la conveniencia de la aplicación de una norma, atendidas las circunstancias sobrevenidas no imputables a las partes.

IV. Sin embargo, tanto el Derecho comunitario sobre consumidores, como el Derecho contractual uniforme, han venido a consagrar imprescindible la intervención judicial para desarrollar un control del equilibrio contractual, ya sea sobre la formación del contrato o sobre los términos de su ejecución; procurando instrumentos para reequilibrar el contrato cuando el equilibrio se ha perdido en la contratación o por circunstancias sobrevenidas.

V. La interpretación y aplicación de los instrumentos que buscan el equilibrio contractual, originario o funcional, también en la ejecución hipotecaria, debe hacerse en todo caso atendiendo a la buena fe y a la equidad. La buena fe y la equidad permiten declarar abusiva una cláusula según en qué circunstancias se

haya incorporado, —o injusta la aplicación de una norma—, y distribuir entre las partes el riesgo de las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar el incumplimiento del contrato. La equidad y la buena fe permiten diferenciar, en suma, en qué casos y cómo debe ser protegido el deudor hipotecario. Y para su valoración, resulta imprescindible la intervención judicial.

VI. Esta perspectiva, —la de la justicia contractual en Derecho del consumo—, resulta imprescindible para valorar, aplicar e integrar las nuevas medidas de protección del deudor hipotecario y las que puedan adoptarse en el futuro; y desde esta perspectiva se concluye también, que estas medidas de protección no deberían convertirse, como un efecto perverso, en un límite a la función y la potestad irrenunciables del juez para reequilibrar la justicia contractual en los préstamos y créditos hipotecarios.

RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de mayo de 2002.
- STJ de la Unión Europea de 4 de junio de 2009.
- SJPI núm. 2 de Estella de 13 de noviembre de 2009.
- STS de 1 de julio de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010.
- Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de julio de 2011.
- Auto del Tribunal Constitucional 113 /2011, de 19 de julio de 2011.
- Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 16 de septiembre de 2011.
- Auto del Juzgado de 1^a Instancia de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012.
- Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de mayo de 2012.
- STJ de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- AGUILAR RUIZ, L., (2001): *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia Tirant lo Blanch.
- ÁLAMO GONZÁLEZ D. P. (2012): *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias*. El control judicial del equilibrio contractual. Valencia, Tirant lo Blanch.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (2003): «La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea. Perspectiva, en Derecho privado europeo», coord. por Sergio CÁMARA LAPUENTE, Editorial *Constitución y Leyes*, COLEX, págs. 107-128.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (1994): «Protección de los consumidores y derecho de los contratos», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 305-324.

- ALVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012): «La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 73 a 101.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2010): «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009». Diario *La Ley*, núm. 7507, sección Doctrina, 11 de noviembre de 2010, Año XXXI.
- BELINCHÓN ROMO, M. R., (2012): *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson.
- BENÍTEZ CAORSI, J. J. (2013): *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*. Ed. Reus, 1ª ed., 2013.
- CARO GANDARA, R. (2013): «En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional». En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Ed. Sánchez Lorenzo, S., 2.ª ed., Madrid, Civitas, 2013, págs. 11-67.
- CARRASCO PERERA, A., (2013): «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.uclm.es/centro/cesco/>
- CHAMIE, J. F. (2012): «El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual» *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 22, enero-junio, 2012, págs. 219 a 275.
- DELGADO RAMOS, J. (2012): «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado* Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 103 a 121.
- DIEGUEZ OLIVA R., (2009): «La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria», en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley 06-04-2009 Permalink: <http://scholarship.org/uc/item/2s48r5vn>
- EBERS, M. (2012): «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *InDret*, 1/2012.
- FÍNEZ, J. M., (1995): «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, págs. 1467-1528.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013): «Los consumidores demandados en procesos ejecutivos ordinarios y de ejecución hipotecaria tienen de plazo hasta el próximo 16 de junio para oponerse alegando la existencia de cláusulas contractuales abusivas». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha <http://www.uclm.es/centro/cesco/>
- GÓMEZ POMAR F. y GIL SALDAÑA, M. (2012): «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret*, 1/2012.
- GONZALEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2012): «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 33 a 72.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013): «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas». [Abusa, que algo (ya) no queda] *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 91, págs. 339-356.
- (2010): «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios». Protección de consumidores y usuarios. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 84, págs. 1645-1728.
- (2004): «Valoración del inmueble en la ejecución hipotecaria». En *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord., por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol. 1, págs. 2149-2168.
- (2009): «Los principios Lando». en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. por Esteve BOSCH CAPDEVILA, Barcelona, Bosch, págs. 151-182.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. (2012): «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 732, págs. 2387-2425.
- MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995): «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 575.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2011): «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815.
- MUÑOZ ESPADA, E. (2008): «Un modelo para una eurohipoteca. desde el informe Segre hasta hoy». En *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Á. (2012): «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Ed. Alvaro NÚÑEZ IGLESIAS, Granada. Comares, págs. 1 a 32.
- PASQUAU LIAÑO, M. (2009): «Comentario al artículo 1258 en Jurisprudencia civil comentada». 3 tomos, ed. por PASQUAU LIAÑO, coord. por K. J. ALBIEZ, A. LÓPEZ FRIAS, Comares, Granada, tomo II, págs. 2286-2296.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2010): «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo». *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*, coord. por José Ramón SALELLES CLIMENT, María Jesús GUERRERO LEBRÓN, Rafael FUENTES DEVESA, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 161-218.
- PÉREZ GARCÍA, M. J. (2007): «El valor de los bienes en la ejecución». *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid 2007.
- PÉREZ LÓPEZ, X. (2009): «Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13.
- RUÍZ-JARABO y COLOMER, D (1993): «El juez nacional como juez comunitario: Valoración de la práctica española» en *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, coord. por Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, 1993, págs. 653-676.

- SALVADOR CODERCH, P. (2009): «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos», en *InDret*, 4/2009, págs. 17 y sigs.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2003): «La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea», en S. SPIAU y A. VAQUER (Ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 371 y sigs.
- VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, A., y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (Coord) (2012): «Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia», Barcelona, Atelier, 2012.

NOTAS

¹ Sobre la naturaleza de las ejecuciones hipotecarias como tutela judicial privilegiada o privilegio procesal concedido por el legislador a los grandes acreedores, y la necesidad de reconducirlos por vías procesales compatibles con la tutela judicial efectiva de todas las partes y, especialmente, de los ejecutados *vid.*, MONTERO AROCA, J., (2009), *Tratado de ejecuciones hipotecarias*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch. Sobre la configuración *procreditoris* de la oposición a la ejecución hipotecaria: LAFUENTE TORRALBA, A. J., (2006), *La oposición a la ejecución*, ed. Civitas y MARTÍN PASTOR J. (2007), *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos* ed. La Ley.

² ALONSO SÁNCHEZ B. (1999): *Las adjudicaciones procesales de bienes en los procedimientos de ejecución*. Edersa, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2004): «Valoración del inmueble en la ejecución hipotecaria», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo GARCÍA*, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol. 1, 2004, págs. 2149-2168. Ed. Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

³ Aunque se centren sobre la ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, por su objetivo de reducir los desequilibrios contractuales sufridos por el consumidor, resultan de interés al respecto, las reflexiones de AGUILAR RUIZ, L., (2001), en *La protección legal del consumidor de crédito*. Valencia, Tirant lo Blanch.

⁴ Sobre la intervención de la Unión Europea en el mercado hipotecario y el acceso al mismo de los consumidores en condiciones de igualdad *vid.*: DIEGUEZ OLIVA R., (2009), La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria en *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Berkeley Program in Law and Economics, UC Berkeley 06-04-2009 Permalink: <http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>. También MUÑOZ ESPADA, E. (2008) «Un modelo para una eurohipoteca. desde el informe Segre hasta hoy». En *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

⁵ Dice, al respecto, su artículo 1^º: «En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende por núcleo familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley».

⁶ En esta situación se consideran únicamente los deudores de un préstamo o crédito garantizado con hipoteca sobre vivienda habitual en el que todos los miembros de la unidad familiar (cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos con independencia de su edad que residan en la vivienda) carezcan de rentas derivadas del trabajo o actividades económicas, que su cuota hipotecaria resulte superior al 60% de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar, y que estos carezcan de otros bienes que les permitan hacer frente al pago de la deuda. Además el crédito o préstamo debe carecer de otras garantías reales o personales (salvo que los garantes también se encuentren en situación de exclusión). Y si existen codeudores que no forman parte de la unidad familiar, deben también estar situados en el umbral de exclusión.

⁷ Sobre el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria *vid.*, NÚÑEZ IGLESIAS, Á. (2012) «Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 1 a 32; y ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2012) «La ejecución hipotecaria extrajudicial: problemas prácticos y propuestas de reforma», en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 73 a 101.

⁸ Según el artículo 7 del Real Decreto: 1. *El deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que se hubiese beneficiado tanto de las medidas de reestructuración establecidas en este capítulo como de las previsiones del Código de Buenas Prácticas sin reunir los requisitos previstos en el artículo 3, será responsable de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas de flexibilización, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta del deudor pudiera dar lugar.* 2. *El importe de los daños, perjuicios y gastos no puede resultar inferior al beneficio indebidamente obtenido por el deudor por la aplicación de la norma.* 3. *También incurrirá en responsabilidad el deudor que, voluntaria y deliberadamente, busque situarse o mantenerse en el umbral de exclusión con la finalidad de obtener la aplicación de estas medidas, correspondiendo la acreditación de esta circunstancia a la entidad con la que tuviere concertado el préstamo o crédito.*

⁹ Según el artículo. 5 párrafos 7 y 8: *El contenido del Código de Buenas Prácticas resultará de aplicación exclusiva a las entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este Real Decreto-Ley. No procederá, por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades adheridas podrán con carácter puramente potestativo aplicar las previsiones del Código de Buenas Prácticas a deudores distintos de los comprendidos en el artículo 3 y podrán, en todo caso, en la aplicación del Código, mejorar las previsiones contenidas en el mismo.*

¹⁰ Sobre el procedimiento extrajudicial, su constitucionalidad y fundamento: DELGADO RAMOS, J. (2012), «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada. Comares, págs. 103 a 121. Y GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. (2012), «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 33 a 72.

¹¹ Segundo. *Los supuestos de especial vulnerabilidad a los que se refiere el apartado anterior son:*

a) *Familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente.* b) *Unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo.* c) *Unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años.* d) *Unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite acreditadamente de forma permanente para realizar una actividad laboral.* e) *Unidad familiar en la que el deudor hipotecario se encuentre en situación de desempleo y haya agotado las prestaciones por desempleo* f) *Unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por víncu-*

lo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y que se encuentren en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral g) Unidad familiar en que exista una víctima de violencia de género, conforme a lo establecido en la legislación vigente, en el caso de que la vivienda objeto de lanzamiento constituyan su domicilio habitual.

¹² Tercero. Para que sea de aplicación lo previsto en el apartado 1 deberán concurrir, además de los supuestos de especial vulnerabilidad previstos en el apartado anterior, las circunstancias económicas siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda. Cuarto. A los efectos de lo previsto en este artículo se entenderá: a) Que se ha producido una alteración significativa de las circunstancias económicas cuando el esfuerzo que represente la carga hipotecaria sobre la renta familiar se haya multiplicado por al menos 1,5. b) Por unidad familiar la compuesta por el deudor, su cónyuge no separado legalmente o pareja de hecho inscrita y los hijos, con independencia de su edad, que residan en la vivienda, incluyendo los vinculados por una relación de tutela, guarda o acogimiento familiar. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar d) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

¹³ Se puede consultar en el informe del Defensor del Pueblo de 2012: «Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo»: http://www.defensordelpueblo.es/Defensor/los_informes.html

¹⁴ 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 construidos 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.

¹⁵ Sobre los problemas procesales y las soluciones para incorporar el control en la ejecución hipotecaria, *vid.* por todos: CARRASCO PERERA, A., (2013). «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha <http://www.uclm.es/centro/cescof>.

¹⁶ También en este sentido GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). «Los consumidores demandados en procesos ejecutivos ordinarios y de ejecución hipotecaria tienen de plazo hasta el próximo 16 de junio para oponerse alegando la existencia de cláusulas contractuales abusivas». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha <http://www.uclm.es/centro/cescof>.

¹⁷ «La ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará

liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación. b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante. Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente» (artículo. 7. Cinco).

¹⁸ «En el caso de que la ejecución resultase insuficiente para saldar toda la cantidad por la que se hubiera despachado ejecución más los intereses y costas devengados durante la ejecución, dicha cantidad se imputará por el siguiente orden: intereses remuneratorios, principal, intereses moratorios y costas. Además el tribunal expedirá certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas». artículo 7. Tres.

¹⁹ Sobre la naturaleza y efectos de la dación en pago en general BELINCHÓN ROMO, M. R., (2012). *La dación en pago en el Derecho español y en el Derecho Comparado*, Madrid, Dykinson, FÍNEZ, J. M., (1995). «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 4, págs. 1467-1528. MARTÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1995). «Consideraciones sobre la dación en pago», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 575. El efecto principal en la ejecución hipotecaria es que impide la continuación de la ejecución sobre el patrimonio del deudor una vez adjudicado el bien hipotecado al acreedor, aunque su valor no haya resultado igual o superior a la deuda garantizada, parte de la cual, por tanto, quedará sin satisfacer.

²⁰ Vid. uno de los muchos comentarios críticos a este auto alegando el principio de *pacta sunt servanda* y la seguridad del tráfico en JIMÉNEZ PARÍS, T., (2012) «Consecuencias legislativas del Auto de 17 de diciembre de 2010, de la Audiencia Provincial de Navarra. El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 732, págs. 2387-2425. También MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (2011). «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815.

²¹ BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2011. <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Páginas/Auto.aspx?cod=10399>

²² Así lo ha defendido, antes incluso de la aprobación de esta norma, ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P. (2012), en *La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual*. Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 97 a 110.

²³ Del contenido del acuerdo en <http://www.scoop.it/t/wfl-news/p/3937413903>

²⁴ Destacadamente sobre las garantías en el procedimiento de ejecución extrajudicial: GONZALEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M., (2012): «Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 33 a 72. y DELGADO RAMOS, J. (2012) «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Dudas sobre su validez y efectos» en *La venta extrajudicial del bien hipotecado*. Jornada celebrada en Almería el 9 de marzo de 2012. Granada, Comares, págs. 103 a 121.

²⁵ Resultan de extraordinario interés, al respecto, las *Conclusiones de la Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del TJUE en materia de cláusulas abusivas en ejecuciones hipotecarias. 8 de mayo de 2013*, que recoge criterios orientativos para valorar el carácter abusivo de una cláusula contractual, las consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva y las facultades del juez para actuar de oficio en materia de cláusulas abusivas. En: <http://www>.

poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Cataluna. Estas conclusiones descartan la posibilidad para el juez de integrar el contrato una vez que se declare nula una cláusula por abusiva. Sobre la necesidad y formas de control vid : PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2010). «El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas. Tutela procesal de los intereses de grupo». *I Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil*, coord. por José Ramón SALELLES CLIMENT, María Jesús GUERRERO LEBRÓN, Rafael FUENTES DEVESA, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 161-218. Finalmente sobre la posibilidad de articular el control de las cláusulas en la oposición a la ejecución hipotecaria vid., CARRASCO PERERA, A., (2013). «La ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha. <http://www.uclm.es/centro/cesco/>

²⁶ Como ejemplo de tal control vid., BALLUGERA GÓMEZ, C. (2010). «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009». *Diario La Ley*, núm. 7507, Sección Doctrina, 11 Nov. 2010, Año XXXI. También, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). «Sentencia de 14 de junio de 2012. Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas». (Abusa, que algo (ya) no queda). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 91, págs. 339-356; o de la misma autora GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2010). «Sentencia de 16 de diciembre de 2009: Cláusulas abusivas en contratos bancarios: Protección de consumidores y usuarios». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, ISSN 0212-6206, núm. 84, págs. 1645-1728.

²⁷ ÁLAMO GONZÁLEZ D. P. (2012): «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias», *op. cit.* pág. 98.

²⁸ Vid. ÁLAMO GONZÁLEZ D. P. (2012): «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias». *op. cit.*, pág. 51, 97-110. Y RUIZ-JARABO y COLOMER, D. (1993): «El juez nacional como juez comunitario: Valoración de la práctica española» en *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, coord. por Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS, Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, 1993, págs. 653-676. y (1993) *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993.

²⁹ ÁLAMO GONZÁLEZ, D. P. (2012): «La dación en pago en las ejecuciones hipotecarias. El control judicial del equilibrio contractual». *op. cit.* pág. 84.

³⁰ No habría ya enfrentamiento entre legalidad y moralidad, como se ha querido presentar al movimiento de jueces y tribunales que han cuestionado la contratación y la ejecución hipotecarias en el actual contexto económico: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., (2011): «La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815

³¹ CHAMIE, J. F. (2012): «El principio general de *reductio ad aequitatem* por desequilibrio contractual» *Revista de Derecho Privado*, Colombia, núm. 22, enero-junio, 2012, págs. 219 a 275., pág. 222. También PEREZ LOPEZ, X. (2009): «Hacia la armonización de las normas europeas en materia contractual: un punto de vista romanístico». *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 13.

³² En enero de 2009 el boletín de información del Ministerio de Justicia publicó la propuesta normativa elaborada por la Comisión General de Codificación para la reforma del Libro IV del Código Civil. En dicha propuesta se introducía un capítulo VIII titulado «de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato» cuyo único precepto, el artículo 1213, establecía la posibilidad de la revisión contractual, e incluso la resolución contractual. Sobre el mismo vid., SALVADOR CODERCH, P. (2009): «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y contratos», en *Indret*, 4/2009, págs. 17 y sigs.

³³ CHAMIE, J. F. (2012): «El principio general...», *op. cit.*, págs. 240 y sigs.

³⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J. (2003): «La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea. Perspectiva», en *Derecho privado europeo*, coord. por Sergio CÁMARA LAPUENTE, Editorial Constitución y Leyes, COLEX, págs. 107-128. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009): «Los

principios Lando», en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, coord. por Esteve BOSCH CAPDEVILA, Barcelona, Bosch, págs. 151-182.

³⁵ CARO GÁNDARA, R. (2013): «En la secular búsqueda europea de un paradigma de justicia contractual: el enfoque de justicia relacional». En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Ed. SÁNCHEZ LORENZO, S., 2.^a ed., Madrid, Civitas, 2013, págs. 11-67.

³⁶ SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2003): «La excesiva onerosidad: una propuesta de regulación europea», en S. SPIAU y A. VAQUER (Ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch págs. 371 y sigs.

³⁷ Vid. VAQUER ALOY, A., E. BOSCH CAPDEVILA y M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coord.) (2012) *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Barcelona, Atelier, 2012.

³⁸ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea, de 11 de octubre de 2011, COM (2011) 635 final.

³⁹ EBERS, M. (2012) «El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional», *InDret*, 1/2012; GÓMEZ POMAR F. y M. GIL SALDAÑA, (2012) «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», en *InDret*, 1/2012.

⁴⁰ Sobre la evolución en la concepción del contrato hacia un nuevo solidarismo contractual: BENÍTEZ CAORSI, J. J. (2013) *Solidaridad contractual. Noción posmoderna del contrato*. Editorial Reus, 1^a ed., 2013.

⁴¹ ALFARO AGUILA-REAL, J. (1994): «Protección de los consumidores y derecho de los contratos». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 2, 1994, págs. 305-324.

⁴² Así lo declara por ejemplo el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón de 12 de julio de 2012 —que negó legitimación a Bankia en la ejecución de un préstamo hipotecario concedido por Bancaja que luego se integró en Bankia. Pero la cesión del crédito no se formalizó.

⁴³ Pues, como pone de manifiesto PÉREZ GARCÍA, M. J. (2007) en «El valor de los bienes en la ejecución». *Cuadernos de Derecho Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.: Madrid 2007, en las adjudicaciones de bienes en los procesos de ejecución por un precio inferior al valor de mercado podemos estar ante un enriquecimiento injusto por abuso de Derecho. Sobre el particular vid. también GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., (2004) «Valoración del inmueble en la ejecución hipotecaria». En *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, vol. 1, págs. 2149-2168.

⁴⁴ Sobre la buena fe en la ejecución del contrato y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, en la Jurisprudencia vid. PASQUAU LIAÑO, M. (2009): «Comentario al artículo 1258» en *Jurisprudencia civil comentada*. 3 tomos, ed. por PASQUAU LIAÑO, coord., por K. J. ALBIEZ, A. LÓPEZ FRIAS, Comares, Granada, tomo II, págs. 2286-2296.

⁴⁵ De acuerdo al artículo 9 del RD 716/2009) de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero: *Si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciere de la tasación inicial en más de un 20%, y con ello se superasen, en función del principal pendiente de amortizar, los límites a que se refiere el artículo 5.1, la entidad acreedora, previa tasación realizada por una sociedad homologada independiente, podrá exigir del deudor la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el préstamo o crédito que garantiza. En el caso de que el deudor sea una persona física, el desmerecimiento al que se refiere el párrafo anterior deberá haberse mantenido durante el plazo de un año, a contar desde el momento en que la entidad acreedora haya hecho constar en el registro contable al que se refiere el artículo 21 el citado desmerecimiento. El deudor, después de requerido para efectuar la ampliación, podrá optar por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito o de la parte de este que exceda del importe resultante de aplicar a la tasación actual el por-*

centaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo. Si dentro del plazo de dos meses desde que fuera requerido para la ampliación, el deudor no la realiza ni devuelve la parte de préstamo o crédito a que se refiere el párrafo anterior, se entenderá que ha optado por la devolución de la totalidad del préstamo o crédito, la que le será inmediatamente exigible por la entidad acreedora.

⁴⁶ Lo pone de manifiesto ALAMO GONZALEZ, D. P. (2012), *op. cit.* págs. 97.

*(Trabajo recibido el 08-07-2013 y aceptado
para su publicación el 21-10-2013)*

El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro

Registry graphics bases system as a coordination tool between land registry properties and cadastral plots

por

VÍCTOR J. PRADO GASCÓ

Registrador de la Propiedad de Torredembarra.

Doctorando en Derecho por la Universidad Cardenal Herrera CEU San Pablo

RESUMEN: La introducción de las nuevas tecnologías está permeando nuestra vida diaria, afectando a todo lo que se encuentra a nuestro alrededor y el Registro de la Propiedad no puede mantenerse ajeno a estos avances.

En la configuración del Registro Jurídico del siglo XXI no puede perderse ni un ápice de la esencia del Registro Inmobiliario; esencia que le ha llevado a ser uno de los Registros Jurídicos más eficientes y valorados del mundo, como se ha demostrado en la crisis económica actual; sin embargo ha de robustecer, si cabe aún más, sus materias tradicionales, amén de abrirse a otros proyectos útiles a la sociedad a través de la introducción de un Sistema de Bases Gráficas Registrales cuyo aspecto formal creemos supondrá un nuevo enfoque metodológico registral frente al tradicional en el funcionamiento de nuestras oficinas.

Este trabajo se basa en el sistema registral español y su imperativa adaptación a una serie de acontecimientos: legislativos, jurisprudenciales, técnicos, sociales y doctrinales, acaecidos recientemente.

Mediante la investigación realizada hemos demostrado cómo el aspecto formal del Sistema de Bases Gráficas Registrales supone nuevo enfoque metodológico que no solo robustece la esencia y el fin que motivó la aparición del Registro de la Propiedad, es decir, la de aportar seguridad jurídico-inmobiliaria a las transacciones, sino que supera la problemática nacida de las carencias metodológicas tradicionales en la descripción física inmobiliaria y la coordinación entre parcela catastral y finca registral.

El Registro Jurídico Inmobiliario del siglo XXI debe adaptarse a los tiempos que corren, tomar como punto de partida la esencia de servicio público y reformularse sobre dos pilares básicos: el primero, el de la vertiente gráfica y el segundo, el de la vertiente electrónica, ambos accesorios de la calificación registral.

ABSTRACT: The introduction of new technology is permeating our daily lives, affecting everything that is around us and the Land Registry can not remain oblivious to these developments.

In the configuration of a 21st century Land Registry not a bit of the essence of this Registry has missed. Such essence has made it one of the most efficient Land Registry and valued in the world, as demonstrated in the current economic crisis; nevertheless, it has yet to strengthen, if possible even more, its traditional matters, in addition to open to other useful projects to the society through the introduction of Registry Graphics Bases System which formal aspect, we believe, will be a new methodological approach in our office operating to the traditional one.

The foundations of this project are the Spanish Land Registry and its mandatory adaptation to a number of events of different nature such as legislative, technical, social and doctrinal. These have occurred within a short period of time.

Through research we have shown how the formal aspect of the Registry Graphics Bases System is a new methodological approach that strengthens the essence and purpose that motivated the development of the Land Registry, namely that of providing security to legal and real estate transactions and overcome the challenges emanating from the traditional methodological weaknesses in the real estate physical descriptions and the correspondence between cadastral plots and registered properties.

A 21st century Land Registry must be up on the current times. Starting with its essence as a public service it must be reformulated following two grounding guidelines: the graphic design and the electronic side in the second place, both registration qualification accessories.

PALABRAS CLAVE: Bases Gráficas Registrales nuevo enfoque metodológico para coordinar Registro-Catastro

KEY WORDS: *Registry Graphics Bases Systems as a new methodological approach in the relationship between registry and Cadastry*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. PUNTO DE PARTIDA Y NOCIONES BÁSICAS: I.1. PUNTO DE PARTIDA. I.2. CONCEPTOS BÁSICOS: I.2.1. *Derecho inmobiliario y Registro de la Propiedad*. I.2.2. *Catastro*. I.2.3. *Relaciones entre ambas instituciones*. I.3. BREVE IDEA DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL: I.3.1. *Concepto de la Base gráfica registral*. I.3.2. *Fundamento de la Base Gráfica Registral*: I.3.2.1. Fundamento legal. I.3.2.2. Fundamento jurisprudencial y doctrinal. I.3.2.3. Fundamento objetivo. I.3.3. *Naturaleza jurídica de la Base Gráfica Registral*—II. DEBILIDADES DE LA METODOLOGÍA REGISTRAL TRADICIONAL EN LA DESCRIPCIÓN INMOBILIARIA. LA PRETENDIDA COORDINACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON EL CATASTRO INMOBILIARIO: II.1. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA. II.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA. II.3. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LAS REFORMAS INTRODUCIDAS Y EL NUEVO PROYECTO DE LEY: II.3.1. *Las novedades legislativas*. II.3.2. *Los aspectos técnicos*.—III. EL SISTEMA DE BASES GRÁFICAS REGISTRALES COMO UN NUEVO ENFOQUE METODOLÓGICO REGISTRAL: III.1. INCIDENCIA DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL EN LOS FINES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. III.2. VENTAJAS JURÍDICAS DE LA IDENTIFICACIÓN POR MEDIO DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL: III.2.1. *La información asociada, el Registro de la Propiedad y la Directiva INSPIRE*: III.2.1.1. Concepto de la información asociada. III.2.1.2. Encaje de la Directiva INSPIRE 2007/2/CE. III.2.2. *Operaciones jurídicas que facilita en la coordinación con Catastro*.—IV. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Hace ya un tiempo que estamos presenciando en la comunidad jurídica, a través de distintos foros de análisis, doctrina, debate y opinión, el nacimiento de diferentes proyectos acerca de la configuración del Registro Jurídico Inmobiliario Español del siglo XXI.

En esta línea, el presente trabajo nace con la vocación de aportar un granito de arena en las relaciones de coordinación entre el Catastro y el Registro y así avanzar en esa nueva configuración del Registro Jurídico del siglo XXI, con el convencimiento y creencia firmes, de que el momento actual es el idóneo para poner los mimbres de la misma.

En esta configuración del Registro Jurídico del siglo XXI, entendemos que no puede perderse ni un ápice de su esencia; esencia que le ha llevado a ser uno de los Registros Jurídicos más eficientes y valorados del mundo, como se ha demostrado en la crisis económica actual y en la intención de diversos países de asumir un sistema de seguridad jurídico-inmobiliaria como el español; sin embargo ha de

robustecer, si cabe aún más, sus materias tradicionales, amén de abrirse a otros proyectos útiles a la sociedad. Y todo ello ha de estar necesariamente imbuido, como se plasmará en este trabajo, de un carácter eminentemente gráfico.

La base de esta investigación es nuestro sistema registral español y su imperativa adaptación a una serie de acontecimientos que desarrollaremos junto a unos conceptos básicos y unas nociones de las bases gráficas registrales en el primer capítulo, a continuación abordaremos un segundo capítulo relativo a las carencias metodológicas en la descripción física inmobiliaria y poder proponer finalmente la Base Gráfica Registral como un nuevo enfoque metodológico en las relaciones de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro.

La interrelación de todos estos aspectos comentados llevará al Registro de la Propiedad, necesaria e inevitablemente, a una adaptación a los tiempos que corren, a una reformulación del mismo, que tome como punto de partida la esencia de servicio público que presta el Registro a través de la Publicidad Inmobiliaria Registral, idea de servicio público ya propugnada por ZANOBINI¹.

I. PUNTO DE PARTIDA Y NOCIONES BÁSICAS

La especificación del objeto de este breve trabajo de investigación hace necesario introducir un primer Capítulo en el que fijemos el punto de partida y los conceptos básicos.

I.1. PUNTO DE PARTIDA

Es necesario establecer el escenario para una adecuada configuración de lugar, aunque puede resultar un pleonasma en el tema que tratamos. Este escenario estará compuesto por unos acontecimientos de diversa índole, que debieran motivar la profundización en las relaciones con el Catastro del Registro Jurídico Inmobiliario Español del siglo XXI y que podemos sistematizar distinguiéndolos entre:

1. Acontecimientos de índole legislativa y jurisprudencial.
2. Acontecimientos de carácter técnico.
3. Acontecimientos de índole socio-política.
4. Acontecimientos doctrinales.

1. Acontecimientos de índole legislativa y jurisprudencial: en ellos incardinamos aquellas disposiciones que creemos influyen en la práctica registral a los efectos que interesan en el presente trabajo:

El primero de ellos, en el ámbito Comunitario, es la aprobación de *2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007*, por la

que se establece una Infraestructura de Información espacial en la Comunidad Europea (conocida también como Directiva INSPIRE²).

Con la aparición de esta Directiva y su necesidad de encaje en el ordenamiento español es esencial que nos planteemos si los Registros Jurídicos Inmobiliarios en España han de permanecer anquilosados exclusivamente en las materias tradicionales³ o si, manteniendo y robusteciendo aquellas, pueden abrirse a otras materias, asumiendo la responsabilidad que ello comporta, haciéndose más indispensable si cabe para la sociedad y sirviendo de soporte a la implantación de esta Directiva y de su «*Geoportal*» cuyo objeto, no es otro que dar publicidad de ámbito continental a la información territorial y a la comercialización de esta información.

En este sentido la finca registral tradicional, así como la demarcación de los diferentes distritos hipotecarios, como tales, es decir, basados en una descripción literaria y sin georreferenciación, no pueden ser integrados en el ámbito de la Directiva INSPIRE, ni en la LISIGE, ni en ninguna otra infraestructura de datos espaciales, por la sencilla razón de que sin una georreferenciación, se trata de datos jurídicos, económicos o incluso ambientales, administrativos y urbanísticos, que no pueden proyectarse sobre una porción concreta del territorio, mediante un sistema de información geográfica que permita identificar y localizar el espacio sobre el que se asientan todos estos derechos y limitaciones.

La información que ofrece el Registro de la Propiedad no se limita a indicar quién es el dueño de qué finca y las cargas existentes, sino que indica además cuál es esa finca y dónde se encuentra localizada. Se trata de información geográficamente referenciada, pues ofrece un conjunto de datos espaciales, entendiéndose por tal todo aquel conjunto de datos que contiene información geográficamente localizada, esto es, información directamente referida a un punto o lugar concreto de un territorio, es decir cumple los requisitos del artículo 4.1 de la Directiva⁴.

Solo mediante la georreferenciación de la finca registral, es decir la conocida como base gráfica registral, debidamente analizado el estado de coordinación con la cartográfica catastral y la información asociada, permitirían su encuadre en el ámbito objetivo de la Directiva INSPIRE y en la LISIGE.

El segundo de ellos que también incidió directamente en el ámbito catastral en el que nos centraremos, fue la publicación de la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible* (en adelante LES), con la que trataba el legislador de impulsar la renovación de nuestro tejido productivo, introduciendo reformas en el *Texto Refundido del Catastro Inmobiliario de 5 de marzo de 2004* (en adelante TRCI). Entre las que afectan al Derecho registral, destacamos:

- la obligatoriedad general de georreferenciación⁵ a través de certificación catastral descriptiva y gráfica del artículo 3 TRCI (propiciando una mejor comparación entre parcela y finca a los efectos del art. 45 TRCI);

- la admisibilidad junto a la Base Gráfica Catastral, de otras bases gráficas no catastrales (art. 33 TRCI), y
- la independencia del Registrador en la calificación de las modificaciones descriptivas de las fincas con arreglo a (en adelante LH) que se produzcan conforme al procedimiento de solución de discrepancias del artículo 18 TRCI, que se examinará más adelante.

Recientemente debe destacarse también el anteproyecto, hoy ya Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro 2014 (en adelante PLHC)⁶.

La función registral puede asumir, de una vez por todas, el reto de obtener una descripción física de los inmuebles reforzando la seguridad jurídica que reporta, debiendo esta descripción estar coordinada con el Catastro desde una perspectiva tradicional comparando la descripción literaria de los folios con la referencia catastral aportada por el interesado (técnicamente correspondencia); o puede hacerlo, a través de los medios técnicos adecuados —un Sistema de Bases Gráficas— comparando georreferencia registral y georreferencia catastral, Base Gráfica Registral y certificación catastral descriptiva y gráfica (técnicamente coordinación *strictu sensu*).

La calificación gráfica se compone de tres estadios: identificación geográfica de la finca registral, su estado de coordinación con el Catastro y la comprobación de que geográficamente no hay impedimento para la validez del negocio jurídico.

Como desarrollaremos, la coordinación de la descripción física inmobiliaria, debe ser entendida no como una coincidencia o identidad, sino como un análisis comparativo en dos fases (correspondencia y coordinación) de dos conceptos que son distintos: finca y parcela, porque responden a realidades que pueden ser disparejas: jurídica y fiscal y son tratadas por dos instituciones diferentes y complementarias: un Registro Jurídico, el de la Propiedad y un Registro Administrativo, el Catastro.

Junto a estos acontecimientos legislativos podemos destacar los jurisprudenciales en un sentido amplio o impropio, ya que no emanan del Tribunal Supremo sino de los Tribunales de instancia o superiores y de la doctrina de la Dirección General, en particular dos por su inmediatez temporal:

La *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife 104/2013, de 24 de septiembre*, que confirmó la nota de calificación denegatoria del Registrador de Icod de los Vinos de la inmatriculación de una finca registral por discrepancias superficiales entre la realidad física y la certificación catastral descriptiva y gráfica presentada, fundándose en el propio reconocimiento de la inexactitud de los datos del Catastro mediante certificado justificando la discrepancia en márgenes de tolerancia catastrales, los datos superficiales ofrecidos por el programa de Bases Gráficas Registrales, en el *artículo 53, Ley 13/1996* que exige total coincidencia y en la doctrina de la DGRN,

entre otras en *Resolución de 8 de mayo de 2013* (BOE de 6 de junio de 2013), pues de lo contrario supondría un atentado al principio de seguridad jurídica.

Y la *Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2013*, en particular los fundamentos jurídicos IV y V. Señalando el Fundamento de derecho IV que la referencia catastral de la finca: «solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral». Y el Fundamento de derecho V: «Es evidente que el recurrente ha realizado todos los trámites precisos para la subsanación o rectificación de los datos catastrales de su finca, pero estos datos limitan sus efectos a la definición e incorporación de las parcelas al propio Catastro; mientras que la determinación de la finca registral, como base física sobre la que se proyectan el dominio y los demás derechos sobre los inmuebles, debe realizarse por el registrador, el cual, de no cumplirse los requisitos legales señalados anteriormente como ocurre en este caso, no podrá dar acceso al Registro a la referencia catastral sino de conformidad, exclusivamente, con los procedimientos establecidos en la legislación hipotecaria a los que la misma legislación específica, antes transcrita, remite».

Es decir la inscripción en el folio registral de la referencia catastral aportada por el interesado solo tiene efectos identificadores de una localización determinada, es la llamada técnicamente como correspondencia positiva, que no implica la asunción de la descripción física, superficie y lindes que aquella describe y la sustitución de la descripción registral *ipso facto*.

La falta de correspondencia o correspondencia negativa, que es objeto de calificación registral, dando lugar a un pronunciamiento del Registrador calificando la referencia catastral como dudosa, puede deberse a que la finca registral y parcela catastral son conceptos distintos que además responden a realidades diferentes, merced al carácter necesariamente actual, universal sobre el territorio, accesible y subsidiario e indiciario de la información catastral y al carácter histórico, voluntario y por tanto parcial sobre el territorio y de plena eficacia jurídica frente a terceros bajo el filtro de la calificación del Registrador de la información registral⁷.

Como señala FANDOS PONS «Si la descripción de la parcela catastral no ha de ser concordante con la descripción de la finca registral, es porque ambas tienen su propio concepto, su propia descripción y consecuentemente, aunque no lo diga, pueden tener su respectiva traducción gráfica sobre el territorio»⁸.

En definitiva de la sentencia y resolución analizadas y del PLHC (nuevos arts. 9 y 10 PLHC a pesar de la técnica legislativa empleada) resulta que existe una llamada calificación gráfica del Registrador, que de los tres estadios que

destacábamos, nos centraremos en dos operaciones: la operación previa de localización o identificación y cuando esta sea positiva, podrá pasarse a la segunda: el análisis de coordinación, consistente en la comparación de las respectivas representaciones gráficas, que darán lugar a una decisión del Registrador sobre su estado de coordinación, esencial en determinadas operaciones jurídicas como la inmatriculación o la constatación de excesos de cabida.

2. En cuanto a los acontecimientos de carácter técnico, se han distinguir dos aspectos:

El primer aspecto es la conversión del Registro de la Propiedad que originariamente era manuscrito y que luego pasó a ser informático, en un Registro eminentemente electrónico y adaptado a las nuevas tecnologías.

En el Registro electrónico accesorio de la calificación, destacaremos: que el folio registral en papel dejará paso al folio registral electrónico en una especie de «pdf activo»⁹; y que las comunicaciones a la Administración o a los Tribunales, cada vez más frecuentes, que se realizan por correo certificado con acuse de recibo, dejarán paso paulatinamente a un empleo masivo de medios telemáticos de certificado seguro y firma reconocida, mucho más eficaces, económicos, ágiles y seguros que el anterior, amén de cumplir una obligación legal en ocasiones¹⁰, relegando en un futuro el empleo del formato papel a un lugar secundario.

El segundo aspecto es la herramienta tecnológica gráfica a utilizar. A este respecto lo primordial es que exista la herramienta, que esta sea compatible con los programas registrales de gestión (sean colegiales o no), que se ponga a disposición de los Registradores y que pueda cumplir la finalidad para la que fue creada, como es la de servir de instrumento en la calificación registral y en la aplicación normativa. Y ello sin perjuicio, de que como veremos, se pueda también discutir sobre la transcendencia jurídica de la Base Gráfica Registral o a contrario negarle estos efectos jurídicos.

Así, en este punto, quedó obsoleto el programa *Geobase tradicional*¹¹, por la no utilización de software libre y la imposibilidad de interoperatividad: de trasvases de información con corporaciones municipales o autonómicas, de conexión con catastro y de descargas en la red de información asociada por WMS¹². El *Geobase 4* surge de la unión de los principios del programa de escritorio *Temple* de la Cooperativa Registral de Servicios Tecnológicos, que utiliza un GIS¹³ en formato libre y permite resolver los problemas gráficos de coordinación para la aplicabilidad de dichas disposiciones normativas con el programa en nube, *Geobase web*¹⁴ en lo que se refiere al visor y a parte del módulo de información asociada.

3. Entre los acontecimientos de índole socio-política podemos señalar la aparición en el ámbito nacional, europeo e internacional, de una conciencia medioambiental (de iniciativa privada o de índole asociativa la *Xarxa de Custòdia del Territori*¹⁵ que han aparecido recientemente), y de una necesidad de información en materia de costas y deslinde o en materia urbanística, bastante desconocida al ciudadano por su oscura publicidad, por ejemplo en relación a infracciones o planeamiento urbanístico

o derechos de adquisición preferente, entre otras, que hasta el momento estaban ocultas o sencillamente se encontraban al margen del Registro de la Propiedad.

Particular atención en el ámbito comunitario hemos de prestar a las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en algunas ocasiones, ven como una disfunción del ordenamiento jurídico español, el que permita transacciones económicas que ulteriormente son declaradas nulas por los Tribunales contencioso-administrativos por infracción urbanística, incluso en perjuicio de un adquirente a título oneroso y de buena fe que confiaba en los pronunciamientos registrales. Este precisamente y no otro, ha de ser el fundamento para que la función registral pueda robustecerse facilitando el acceso de dichos expedientes de infracción urbanística a través de la Anotación Preventiva urbanística y, de no ser posible, informando en todo caso a través de la llamada «*publicidad noticia*»¹⁶ de la existencia de cargas que de otro modo permanecerían ocultas al tráfico inmobiliario ya que estas administraciones ya suelen operar únicamente con las parcelas catastrales, ignorando cuál es la unidad del tráfico inmobiliario que es la finca registral.

Digno de reseñar en este punto o aspecto social es el análisis que hace el Defensor del Pueblo en su informe de 2012¹⁷ al que nos remitimos destacando someramente el aumento del número de las reclamaciones ante la institución catastral, en particular las quejas por falta de información a los ciudadanos titulares del inmueble en los procedimientos de actuación sobre los mismos o en la renovación catastral conforme al artículo 9 o la dilatación en la resolución de los procedimientos e incluso en la falta de regulación reglamentaria o instrucciones para determinados procedimientos como el de subsanación de discrepancias del artículo 18 TRCI nacido con la LES.

Finalmente no podemos olvidar que la institución que irrumpe con más fuerza y novedad en nuestro entorno es el Catastro multifuncional. Es decir el Catastro, originariamente fiscal o administrativo se va convirtiendo en un Catastro cada vez más jurídico en el que se dejan constancia de las limitaciones o informaciones que afectan al territorio.

Tradicionalmente se distinguían tres sistemas legislativos:

- A. El sistema de *fusión*, seguido en Australia, donde Catastro y Registro se hallan unidos en una sola oficina.
- B. Los sistemas de *coordinación perfecta*, de Alemania y Suiza, donde la inmatriculación de fincas se realiza tomando por base datos físicos catastrales.
- C. Y los sistemas de *coordinación imperfecta*, que pretenden un acercamiento entre las instituciones, con soluciones más o menos eficaces, como es el nuestro.

El proceso de unificación en una única institución del Catastro y del Registro es un proceso que ya han llevado a cabo algunos países de nuestro entorno europeo y que otros están planificando, a *grosso modo* diferenciamos:

- A. Países que han establecido *ex novo* el sistema registral de Bienes Inmuebles consolidado en la existencia de una única Institución como Lituania, Letonia, Chipre; República Checa y Eslovaquia.
- B. Países que posteriormente han consolidado la existencia de una única institución como Hungría, Rumanía y actualmente Bulgaria.
- C. Países que existiendo dos instituciones diferenciadas comparten una base de datos única como Austria, Finlandia, Suecia, Estonia y Eslovenia, estando trabajando en ello Dinamarca, Portugal y Alemania.
- D. Países que teniendo tradicionalmente dos instituciones separadas y existiendo una base de datos unitaria abogan por la fusión en un futuro cercano como Finlandia, Suecia y Eslovenia¹⁸.

Siendo nuestro país uno de fuerte tradición inmobiliaria registral en el que el sistema de coordinación con el Catastro era muy imperfecto es esencial que abordemos la problemática existente en la descripción física desde el análisis de la correspondencia y coordinación entre finca y parcela, estableciendo un sistema de intercambio de datos gráfico y alfanumérico periódico que supere los actuales y esto entendemos que solo puede hacerse a través de la calificación gráfica fundada en el Sistema de Bases Gráficas registrales como trataremos de explicar.

4. Y finalmente los acontecimientos doctrinales, relativos a la discusión sobre cómo ha de ser configurado el Registro Jurídico Inmobiliario del siglo XXI y en particular de la incidencia en él de estos aspectos gráficos registrales. Entre ellos podemos destacar a título meramente ejemplificativo:

- El *Congreso de Registradores usuarios del software Temple Sig. Reg.* el 16 de noviembre de 2011 en Valencia con ponencias como la del *Significado Jurídico del Sistema de Bases Gráficas Registrales* y el de la *Información Asociada e Información catastral*.
- El Congreso Internacional de Tenerife celebrado en el mes de diciembre de 2011 relativo a *La información territorial en el Registro de la Propiedad* en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI: El Registro de la Propiedad como instrumento vertebrador de la información territorial; datos espaciales, metadatos y Directiva INSPIRE, financiado por el Ministerio de Ciencia e Investigación.
- Las *Jornadas Virtuales* organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha los días 6, 7 y 8 de marzo de 2012, que tuvieron como eje, las bases gráficas registrales.
- La III Asamblea General de Registradores celebrada del 16 al 18 de abril de 2013 en Zaragoza con las conclusiones consensuadas relativas a las Bases Gráficas Registrales.
- Las Jornadas de estudio organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos del CORPME los días 16 y 17 de junio de 2014 del Proyecto de reforma LH y C en materia de bases gráficas y expedientes de jurisdicción voluntaria

- Las Declaraciones y Congresos internacionales ponen de manifiesto que cualquiera que sea el valor de la inscripción, constitutiva o simplemente declarativa, la necesidad de un tratamiento gráfico de la descripción de las fincas registrales, ya sea como tarea complementaria, o como operación sustantiva de inscripción gráfica registral es una cuestión inaplazable.

El presente trabajo se centrará en la vertiente gráfica en la configuración del Registro Jurídico Inmobiliario del siglo XXI, tratando de analizar las consecuencias que se producen al tratar de representar gráficamente, sobre imágenes y cartografías del territorio, las descripciones que hasta la fecha han venido haciéndose literariamente de las fincas en los asientos de los libros de cada Registro de la Propiedad, señalando cómo el Sistema de Bases Gráficas Registrales incide directamente en las relaciones tradicionales entre Catastro y Registro de la Propiedad.

I.2. CONCEPTOS BÁSICOS

I.2.1. *Derecho inmobiliario y Registro de la Propiedad*

GARCÍA GARCÍA define el Derecho inmobiliario registral como «*el conjunto de normas y principios que regulan la publicidad de las situaciones jurídicas de trascendencia real a través del Registro de la Propiedad*»¹⁹.

Analizado el concepto de derecho inmobiliario registral y el sistema registral, la «*summa divisio*» es la que distingue dentro de su contenido entre:

- Un Derecho Inmobiliario Material, que estudia el valor sustantivo de la publicidad registral, es decir los efectos jurídicos que esta produce.
- Y un Derecho Inmobiliario Formal, que es el que estudia la organización, libros y procedimientos del Registro de la Propiedad.

Para desarrollar la actividad estatal de publicidad inmobiliaria, tomando como antecedente el Registro de Contadurías e Hipotecas²⁰, la *Ley Hipotecaria de 1861*²¹, creó un organismo específico: el Registro de la Propiedad, que es el medio técnico para llevar a cabo la publicidad registral inmobiliaria.

Es un principio básico, que entronca con el llamado análisis económico del Derecho, el asegurar que los costes de las transacciones inmobiliarias sean mínimos; la existencia de un Registro de la Propiedad garantiza dicho principio, como ha manifestado la doctrina, autores como MÉNDEZ GONZÁLEZ²² y el Banco Mundial, en un doble sentido:

- a) Disminuyendo los costes de información, pues el adquirente tiene la plena seguridad de que el transmitente del derecho de cuya enajenación se trata, está realmente legitimado para la transacción en proyecto.

- b) Eliminando costes de vigilancia, lo cual se consigue, cuando el adquirente llega a ejercitar un título inatacable contra el que no quepa formular acciones, provenientes de un tercero, que pretende ostentar mejor derecho que él sobre el bien adquirido.

En base al artículo 1 de la LH, la doctrina se pone de acuerdo para la admisión, de dos concepciones del Registro de la Propiedad: una sustantiva y otra adjetiva.

Para la concepción sustantiva, el Registro de la Propiedad es, ante todo, una institución, así Díez-PICAZO lo define como «*la institución jurídica que mediante determinadas oficinas públicas con competencia territorial y que funcionan a cargo de funcionarios calificados y calificantes, publica, principalmente, con carácter oficial y efectos trascendentes, la situación jurídica de las fincas y derechos reales sobre ellas establecidos*»²³.

Para la concepción adjetiva, en cambio, el Registro de la Propiedad es una oficina de carácter público donde se custodian los libros registrales, donde se practican los asientos relativos a las fincas.

El Registro de la Propiedad español es un REGISTRO DE DERECHOS en el que según LACRUZ²⁴ hay que distinguir una triada jurídica: Se inmatriculan fincas, se presentan títulos formales mientras lo que se inscriben son títulos materiales; y finalmente se publican derechos reales.

En cuanto a los fines que persigue el Registro de la Propiedad, podemos decir que con carácter general el intercambio de bienes está presidido por dos principios:

- A) La seguridad en los derechos, que significa que un propietario no puede dejar de serlo sin su consentimiento; y
- B) La seguridad en el tráfico, que significa que cuando alguien adquiere un bien de quien se muestra como propietario (porque aparece inscrito en el Registro), debe ser protegido en su adquisición aunque, eventualmente, quien vendió no fuera el verdadero propietario²⁵.

El Registro Jurídico Inmobiliario Español se rige por el Principio de FOLIO REAL, que determina que cada unidad inmobiliaria específica origina la apertura de un folio en que se hacen constar todas las vicisitudes de su historial jurídico (*vide* arts. 8; 13 y 243 de la LH). Este principio de folio real tiene como base la FINCA REGISTRAL, por tanto la finca es la base del sistema registral, al constituir el elemento más característico del derecho real inmobiliario y la unidad que reúne los caracteres de estabilidad y permanencia, que permiten el perfecto juego de los principios hipotecarios de fe pública, tracto sucesivo y especialidad, como bien señalan autores como Díez-PICAZO²⁶.

La finca registral se define doctrinalmente por GARCÍA GARCÍA como «*aquel bien inmueble cuyo espacio está suficientemente delimitado, suscep-*

tible de aprovechamiento independiente, cuyo dominio pertenece a una o varias personas y es objeto unitario de tráfico jurídico»²⁷ y legalmente solo encontramos la mención del artículo 17 del TRLS como la «unidad de suelo de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo que conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad».

La llevanza del Registro por fincas ofrece, en primer lugar, un aspecto formal, relativo a la organización interna del Registro; pero al mismo tiempo constituye un auténtico criterio sustantivo que repercute en todas las características del sistema, ya que el criterio de folio real es presupuesto imprescindible en la aplicación de los principios hipotecarios, en especial del principio de tracto, calificación, legitimación y fe pública.

Es precisamente en estos dos aspectos de principio de Folio Real y llevanza del Registro por fincas, como presupuestos de nuestro sistema registral, en los que más vamos a incidir al tratar en el presente trabajo el aspecto formal de la vertiente gráfica del Registro Jurídico del siglo XXI.

I.2.2. Catastro

El Catastro Inmobiliario fue creado por *Ley de 23 de marzo de 1906*, por tanto con posterioridad a la regulación hipotecaria y siendo su naturaleza administrativa y fiscal, se inician sus trabajos prescindiendo de la ya existente titularidad registral, de la misma forma que la maquinaria del Registro, ya en marcha, prescindió del mapa catastral en soporte papel.

Aparece definido legalmente en el artículo 1 TRCI como «*un Registro Administrativo dependiente del Ministerio de Hacienda, en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales tal y como se definen en esta Ley*».

Doctrinalmente se concibe, casi unánimemente, como un Registro, Censo, Padrón, Catálogo o Inventario de la riqueza territorial de un país en el que se determinan las fincas, rústicas o urbanas del mismo, mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evaluación o estimación económica.

En definitiva el fin primordial al que sirve es de tipo fiscal o tributario junto a unos fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y civil.

La parcela catastral se define por la doctrina como la unidad descriptiva básica del inventario de la riqueza territorial aparente. La definición legal a efectos urbanísticos en el artículo 17 TRLS como «*la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente*».

I.2.3. *Relaciones entre ambas instituciones*

En nuestro ordenamiento nos encontramos con dos sistemas: el registral y el catastral, que teniendo vocación distinta, nacimiento y funcionamiento autónomo e independiente, no operan coordinados en la definición de la descripción física de los inmuebles situados en territorio español, como luego desarrollaremos, pues cada una tenía del inmueble lo que a la otra le faltaba.

Siendo la finca la unidad del tráfico jurídico inmobiliario, dejando a un lado la confusión técnica del legislador en el PLHC entre los conceptos de finca y parcela, creemos que igual que debe distinguirse doctrinal y legalmente entre registro administrativo y registro jurídico o entre parcela catastral y finca registral, porque son dos realidades distintas que pueden tener vidas diferentes, habría que distinguir entre Base Gráfica Catastral y Base Gráfica Registral, ya que estas son los reflejos gráficos de aquellas, es decir la publicidad formal de esta no es más que la publicidad formal gráfica de la finca como abordaremos en el siguiente epígrafe. Esto es trascendental porque como es sabido no son pocas las ocasiones en que realidad física, parcela catastral y finca registral no son coincidentes.

En definitiva la razón de por qué el Registro de la Propiedad actual todavía no cuenta con una cartografía acorde con sus necesidades y con los tiempos que corren está íntimamente ligada con el devenir de la historia y la evolución legislativa, sin embargo tal y como señaló MÉNDEZ GONZÁLEZ²⁸, la existencia del Registro de la Propiedad y del Catastro, lejos de ser un defecto de nuestro sistema, es una de las riquezas del mismo y se basa en la especialización del trabajo de dos instituciones que tienen finalidad y vocación diferentes, la primera dar seguridad al tráfico jurídico inmobiliario y la segunda la más exacta determinación del impuesto territorial.

En la época actual, el reciente desarrollo tecnológico de la cartografía digital a través de *GIS*²⁹, permite afirmar en un plano tangible, no utópico, la implantación y el mantenimiento de una cartografía precisa para afrontar la tradicional problemática de dotar de base gráfica a las fincas registrales, a través de un sistema de información gráfica organizada, sistemática y global de las fincas registrales, siendo una necesidad inaplazable para dotar de una mayor seguridad jurídica al sistema registral inmobiliario español.

I.3. BREVE IDEA DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL

En el presente epígrafe nos aproximaremos al Sistema de Bases Gráficas Registrales siguiendo la sistemática jurídica clásica en el estudio de toda institución.

I.3.1. Concepto de Base Gráfica Registral

La concepción de la Base Gráfica Registral afecta tanto al aspecto sustantivo como al aspecto adjetivo del Registro de la Propiedad, sin alterar un ápice la naturaleza de Registro Jurídico Inmobiliario de derechos.

Apuntamos aquí, sin perjuicio de su desarrollo ulterior, la incidencia en esos dos aspectos: en el aspecto adjetivo, al ponerse a disposición del Registrador una herramienta eficiente y tecnológicamente adecuada que supone un nuevo enfoque metodológico en el procedimiento registral; y en el aspecto sustantivo, ya que derivado de dicho nuevo enfoque metodológico registral es indudable que se van a producir ciertos efectos jurídicos derivados de tres estadios: la identificación o localización gráfica, la descripción resultante de una georreferencia aportada por el interesado, principalmente catastral y verificada por el Registrador y además que la validez del negocio jurídico no quede comprometida en modo alguno por el aspecto gráfico.

La introducción de la Base Gráfica Registral no supone una alteración de ese principio básico, de que hablábamos en epígrafes anteriores, relativo a asegurar costes mínimos en las transacciones inmobiliarias ya que, a un mínimo coste, se ofrece, junto a la tradicional información jurídica, una representación gráfica, un certificado o informe de coordinación con el Catastro y unas informaciones asociadas de índole ambiental (suelos contaminados, incendiados o acústicamente saturados, riesgos sísmicos, terrenos inundables o red natura, montes públicos o parques naturales cercanos) de índole administrativa (si el deslinde afecta a finca registral o está o su edificación se sitúa en servidumbre de protección) o de índole urbanística (si existen en tramitación expedientes de infracción urbanística o información acerca del planeamiento), muy valiosas tanto para los interesados como para la Administración.

VÁZQUEZ ASENJO define la Base Gráfica Registral como «*la traducción gráfica, sobre imágenes del territorio, de la identificación literaria de la finca que se hace en el folio registral correspondiente*». Además añade que «*la Base Gráfica Registral de una finca se obtiene mediante la validación del Registrador*». Y que «*la validación o inscripción gráfica registral es aquella operación jurídica mediante la cual el Registrador afirma la coincidencia identificativa entre la descripción gráfica y la alfanumérica o literaria de una finca*»³⁰.

GRAGERA IBÁÑEZ³¹ entiende que la Base Gráfica Registral es la respuesta a una necesidad imperativa de delimitación gráfica, técnica y fiable de las fincas registrales descritas en forma literaria en el Registro de la Propiedad. Imperatividad exigida por razones de seguridad jurídica, de eficiencia administrativa, y razones económicas, para evitar costes innecesarios, alcanzando una delimitación cartográfica georreferenciada de la propiedad inmobiliaria, de carácter oficial, coordinada con la delimitación catastral, utilizable por ciudadanos y Administraciones Públicas.

En nuestra opinión, la Base Gráfica Registral concebida en un sentido amplio, no es ni más ni menos, que la traducción a un lenguaje geográfico

determinado de la tradición literaria registral contenida en los libros del Registro de la Propiedad.

En un sentido más técnico, la Base Gráfica Registral supone una mejor descripción física inmobiliaria, una plasmación gráfica del tráfico jurídico inmobiliario que se obtiene mediante la identificación, localización o validación por parte del Registrador o, dicho de otro modo, es el interrelacionar el historial jurídico real contenido en el folio de una finca registral con un espacio geográfico determinado mediante la asignación de coordenadas UTM³², para la que se tiene en cuenta principalmente la cartografía catastral, aunque no únicamente, ya que también se admite la planimetría topográfica y en la que es esencial el contenido de los asientos del Registro.

Cuando el Registrador no puede hacer dicha interrelación entre el historial jurídico real contenido en el folio de una finca registral y el espacio georreferenciado que se le ha asignado, es decir cuando no haya coherencia entre la descripción literaria o alfanumérica de los Libros y la representación gráfica manifestada y aportada por el interesado, se dice que la Base gráfica tienen el carácter de identificación suspensiva, defectuosa o provisional.

Y cuando el Registrador no puede siquiera localizar provisionalmente la finca registral con el historial registral se dice que no está identificada.

1.3.2. *Fundamento de la Base Gráfica Registral*

En el presente epígrafe examinaremos, en primer lugar, el fundamento legal de la Base Gráfica Registral; en segundo lugar, el fundamento jurisprudencial y doctrinal y finalmente, el que hemos llamado fundamento objetivo, que contemplará un aspecto lógico-práctico para, con los tres, tratar de justificar no solo la existencia sino también la autonomía y la obligatoriedad de la Base Gráfica Registral frente a la cartografía catastral.

1.3.2.1. *Fundamento legal*

Siguiendo en este punto a GÓMEZ GÁLLIGO³³ fue el *Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia*, el que estableció con carácter obligatorio lo que hasta entonces era un proyecto experimental. El propio preámbulo del Real Decreto lo justifica en la necesidad de mejorar y agilizar la llevanza de los Registros de la Propiedad y de adaptarla a los ritmos y necesidades de la sociedad actual. Por eso establece que siguiendo el camino de la *RDGRN de 31 de agosto de 1987*, se generaliza la informatización de todos los Registros de la Propiedad.

Igualmente, y al objeto de modernizar los sistemas de identificación de las fincas, se introduce la obligación de utilizar bases gráficas o digitalizadas, lo cual a su vez facilitaría la necesaria coordinación entre el Registro y el Catastro. Además se aprovechó la ocasión para establecer un procedimiento de presentación de documentos en un Registro distinto del competente. En cualquier caso se trató de una medida que según el *Real Decreto 430/1990* respondía a la modernización funcional y tecnológica de las oficinas registrales, es decir que en sus inicios se contemplaba exclusivamente un aspecto formal de la Base Gráfica.

Se introdujo así un nuevo artículo 398 b) en el RH, que señalaba la utilización de la Cartografía Catastral oficial del Centro de Gestión Catastral, en formato papel o digitalizado, por los Registros de la Propiedad para la identificación de las fincas y la implantación progresiva de esta conforme al plan de actuación que fije la Dirección General de los Registros y del Notariado en coordinación con el Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria.

Tanto el RD 430/1990 como el artículo 398 b) RH están pensando en unas Bases Gráficas basadas en la digitalización de la planimetría catastral. Digitalización llevada a cabo por el propio Colegio de Registradores en virtud del Convenio de cooperación para la realización de cartografía informatizada e intercambio de información gráfica celebrado entre la Dirección General del Catastro, la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad, y que fue firmado el 11 de noviembre de 1999 y renovado posteriormente el 30 de enero de 2003.

Sin embargo, para este autor, fue la *Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* la que dio rango legal a la coordinación de las Bases Gráficas Catastro-Registro (*ex art. 53*), aunque fuera indirectamente mediante la regulación de la constancia registral de la referencia catastral, que pasó a ser un dato descriptivo de la finca, exigible por el registrador, aunque su omisión no era considerado defecto que impidiera la práctica de los asientos registrales correspondientes. La sanción que se estableció por la no aportación de la referencia catastral fue la constancia por nota marginal de su no aportación y la comunicación al Catastro de la identidad de las personas que hubieran incumplido la obligación legal, pues incurrían en infracción tributaria simple sancionada con multa. Sin embargo sí que se consideró defecto que impide la inscripción, la falta de aportación de la referencia catastral en las inmatriculaciones (*ex art. 205 de la LH y 298 del RH*).

La constancia de esa referencia catastral supuso dar cobertura jurídica, con los efectos propios derivados de la inscripción en el Registro, a los derechos inscritos con relación a la descripción física de la finca contenida en el Catastro. En definitiva significó una incorporación indirecta al Registro de la planimetría catastral, siempre que el Registrador la validase por apreciar identidad.

En efecto, la constancia registral de la referencia catastral —que puede derivarse de los datos aportados en el título presentado a inscripción o como operación registral específica— se contempla en la *Ley 13/1996* como una ope-

ración sometida a validación del registrador, que debe comprobar la identidad entre la parcela catastral y la finca descrita en el título. Hasta el punto de tratar como inmatriculación toda constatación registral de referencias catastrales en las que, pese a justificarse la identidad hubiera diferencias de superficie superiores al 10% de la reflejada en el Registro.

Amparándose en esta norma, la reforma del Reglamento Hipotecario llevada a cabo por el *Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, exigió —reformando el artículo 51 en su párrafo 4.º del RH relativo a las circunstancias de la inscripción— que en la descripción del inmueble figurase la referencia catastral en todos los supuestos legalmente exigibles. Y también recogió en el artículo 298 del RH la obligación legal de que en toda inmatriculación se hiciera constar la certificación catastral descriptiva y gráfica de las fincas, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en los títulos inscribibles, de las que resultara que la finca se encontraba catastrada a favor del transmitente o del adquirente.

Sin embargo el tenor de estos incisos y el de otros artículos modificados por dicho RD fueron poco después declarados nulos por falta de rango legal por las *Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000* (BOE de 24 de abril de 2000) y de 31 de enero de 2001 (BOE de 2 de abril de 2001).

La *Instrucción de 26 de marzo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado* (en adelante IDGRN), sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral aclaró que solo los títulos autorizados con posterioridad a la entrada en vigor de la *Ley 13/1996, de 30 de diciembre*, estarán sujetos a la necesidad de acompañar certificación descriptiva y gráfica para los supuestos de inmatriculación, de fincas rústicas y urbanas, cualquiera que sea la fecha en que se presenten en el Registro, sin perjuicio de la conveniencia de su aportación en todo caso.

El proceso de implantación de las bases gráficas en el Registro de la Propiedad tuvo un impulso decisivo en virtud de la *IDGRN de 2 de marzo de 2000*. Esta Instrucción introdujo con detalle el procedimiento de incorporación al Registro del soporte cartográfico que permitiera la delimitación territorial de las fincas, en aras a robustecer la seguridad jurídica de las transmisiones inmobiliarias. Y aunque mantuvo la cartografía catastral como elemento principal para la localización e identificación gráfica de las fincas, admitió la posibilidad de acudir como Base Gráfica Registral a cualquier otro tipo de planimetría oficial, respaldando la creación de una base cartográfica en el Registro de la Propiedad previa identificación favorable de la identidad realizada por el Registrador, como entidad geográfica propia y autónoma.

El respaldo definitivo o fundamento legal a la implantación directa de Bases Gráficas en los Registros de la Propiedad tuvo lugar a través de la *Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que modificó el artículo 9 de la LH*, en su Título II que lleva por rúbrica *de la forma y efectos de la inscripción*, ordenando que los registradores dispongan de aplicaciones informáticas para el tratamiento de Bases Gráficas que permitan su coordinación con las fincas

registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente.

Se trata de la elaboración de unas Bases Gráficas que permitan un conocimiento exhaustivo de las características de las fincas, no solo físicas, sino también urbanísticas, medioambientales o administrativas. Así el artículo 9,1 de la LH dispone: *«Toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: 1. La naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción, o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título.*

Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente.

La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen, deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado. Uno de sus ejemplares se archivará en el Registro, sin perjuicio de su incorporación a soportes informáticos. Del archivo del duplicado se tomará nota al margen del asiento correspondiente a la operación practicada y en el ejemplar archivado el registrador hará constar referencia suficiente a la finca correspondiente. Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial autorizada a requerimiento del titular registral en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica.

Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente».

El nuevo PLHC en la última redacción conocida reconoce expresamente la Base Gráfica Registral, aunque parece hacerlo a efectos internos o formales de funcionamiento de la oficina.

Las Bases Gráficas se consolidan así como un instrumento esencial en la calificación registral, como la traducción gráfica de la finca registral vertebradora del folio real en el Registro y como un concepto más amplio que la mera coordinación Catastro-Registro, que ni mucho menos se abandona como señala GÓMEZ GÁLLIGO, sino que se ve reforzada.

En conclusión podemos hablar de un argumento legal sólido para la existencia y obligatoriedad de un sistema de Bases Gráficas Registrales que se ha visto respaldada con los hitos legislativos mencionados en la introducción: la trasposición de la *Directiva* INSPIRE, la LES y el PLHC reforzando la coordinación Catastro-Registro, sin merma de la definición autónoma de las Bases Gráficas Registrales, el *RD 8/2011*, la *LC* insertando la georreferenciación registral en el procedimiento de deslinde del dominio público marítimo terrestre o los proyectos legislativos sobre los derechos reales de contenido ambiental.

1.3.2.2. Fundamento jurisprudencial y doctrinal

La reciente aparición en el ámbito jurídico del sistema de Bases Gráficas Registrales nos lleva a señalar cronológicamente los contados pero importantes pronunciamientos de los tribunales de instancia, de la llamada jurisprudencia menor de las audiencias y de la doctrina de la DGRN.

De nuevo podemos afirmar, siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO³⁴, que la primera disposición que estableció la obligatoria implantación de bases gráficas en los Registros de la Propiedad es la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante RDGRN) de 31 de agosto de 1987*³⁵, en la que se ordenó la recuperación de titularidades y la identificación de las fincas a través de bases gráficas unificadas, así como la interconexión entre Registros. Pero así como la recuperación de titularidades se estableció con carácter obligatorio, el sistema de bases gráficas se contempló con carácter experimental y de implantación progresiva en los Registros

La *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santa Cruz de Tenerife de 5 de diciembre de 2011 reafirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de octubre de 2012* fue la primera resolución judicial que reconoció la existencia e importancia de la Base Gráfica Registral al confirmar la Nota de calificación suspensiva emitida porque al Registrador de Icod de los Vinos le constaba en el Registro un punto de infracción de expediente urbanístico a través de la información asociada georreferenciada (no a través de una anotación preventiva) en la obra nueva en suelo rústico que pretendía inscribirse.

La *Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 12 de diciembre de 2012*, ignorando el tenor literal del artículo 9,1 LH y la existencia, vigencia e interpretación sistemática de la *IDGRN de 2 de marzo de 2000*, declara que el sistema Geobase carece de base legal, afirmando que: «no se justifica la creación del Geobase y menos aún la actuación unilateral del Registrador, al margen del título y de los otorgantes, ya que el precepto indica que podrá “completarse la identificación de la finca mediante la incorporación de una base gráfica o mediante su definición topográfica (...) en proyecto expedido por técnico competente”. Y añade que “deberán acompañarse al título en ejemplar duplicado” exigiendo la norma que se incorpore al título. Estas exigencias o requisitos no pueden ser obviados sin más; el contenido del título, incluida la descripción de la finca, que es uno de los elementos esenciales del negocio jurídico, exige el consentimiento y aprobación de los otorgantes, a los que no puede imponerse por un funcionario una descripción sin su consentimiento, o incluso, en el peor de los casos, sin su conocimiento. Tampoco puede fundarse el sistema Geobase en la Instrucción de la DGR y N. de 2 de marzo de 2.000, sobre la implantación de la base gráfica en los Registros de la Propiedad, que carece de suficiente rango y además es anterior a la sentencia del Tribunal Supremo citada».

La *RDGRN de 4 de abril de 2013*³⁶ es un hito trascendental porque produciéndose tras conocerse los dos pronunciamientos contradictorios de las audiencias, no solo reconoce la existencia de la Base Gráfica Registral y su fundamentación legal con base en los *artículos 9.1 LH, 18 y 33.4 TRCI*, sino que va un paso más allá en su fundamentación objetiva e importancia en la calificación del Registrador para motivar las dudas en la identidad de dos fincas cuya base gráfica era provisional o defectuosa (aquella que se produce cuando el Registrador no puede hacer la interrelación entre el historial jurídico real contenido en el folio de una finca registral y el espacio georreferenciado que se le ha asignado, es decir cuando no haya coherencia entre la descripción literaria o alfanumérica de los Libros y la representación gráfica manifestada y aportada por el interesado) en el supuesto de sendos excesos de cabida sobre las mismas.

Finalmente la reciente *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife 104/2013, de 24 de septiembre*, confirma la nota de calificación denegatoria del Registrador de Icod de los Vinos de la inmatriculación de una finca registral por discrepancias superficiales entre la realidad física y la certificación catastral descriptiva y gráfica presentada, fundándose en el propio reconocimiento de la inexactitud de los datos del Catastro mediante certificado justificando la discrepancia en márgenes de tolerancia catastrales, los datos superficiales ofrecidos por el programa de Bases Gráficas Registrales, en el *artículo 53 de la Ley 13/1996* que exige total coincidencia y en la doctrina de la DGRN, entre otras en *Resolución de 8 de mayo de 2013 (BOE de 6 de junio de 2013)*, pues de lo contrario supondría un atentado al principio de seguridad jurídica.

No podemos finalizar este epígrafe sin hacer unas someras consideraciones extraídas de la jurisprudencia citada, de la propia *IDGRN de 2 de marzo de 2000*, de la doctrina de la *DGRN de 12 de noviembre de 1992 (BOE 14 de diciembre de 1992)* y *18 de octubre de 2000 (BOE 25 de noviembre de 2000)*, de los artículos 294 de la LH y 589 y sigs. del RH puestos en relación al *RD 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los derechos de los Registradores de la Propiedad* y las recientes *Resoluciones en materia de Honorarios de 26 de octubre de 2010, de 18 de enero de 2011 y de 3 y 23 de mayo de 2011*³⁷:

1. La primera consideración es que el Registrador que disponga de las aplicaciones informáticas adecuadas deberá identificar la finca a través del sistema de Bases Gráficas Registrales. Los artículos 2, 3 y 5 de la *IDGRN de 2 de marzo de 2000*³⁸ señalan que la actuación del Registrador de identificación, localización o validación de las fincas, previa calificación, es reglada y no requiere de previa solicitud por el interesado, sino que al practicar cualquier asiento en relación con la finca, concretamente, una inscripción de dominio, los Registradores que dispongan de la aplicación correspondiente deben identificar las fincas registrales con su base gráfica y hacerlo constar por Nota al Margen de dicha inscripción de dominio.

2. La segunda de las consideraciones es que la Base Gráfica Registral existe con carácter autónomo, siendo imprescindible en el reforzamiento de la calificación del registrador dentro del principio de legalidad y en la aplicación normativa recientemente publicada o pendiente de publicación.

3. La tercera, es que la expedición de Base Gráfica Registral se adjuntará a las Notas simple informativas o Certificaciones que expida. En este punto las Resoluciones en materia de Honorarios señalan que la expedición no podrá hacerse con el valor del informe del artículo 353 del RH sino que esta unión, que es obligatoria en la primera expedición y potestativa en las siguientes ha de ser a petición del interesado en la solicitud de entrada, en similar formato al empleado para despachar el documento con nota simple o con certificación o sin ellas.

El PLHC cambia sustancialmente esta nota al impedir la publicidad formal independiente, pero sin embargo reconoce que será necesario la emisión de un verdadero informe que justifique la calificación gráfica suspensiva o denegatoria de la georreferenciación aportada por el interesado.

4. La cuarta, que la Base Gráfica Registral se expedirá para todo documento que acceda al Registro: Judicial, Notarial o Administrativo³⁹.

5. La quinta consideración es que según la RDGRN de 12 de noviembre de 1992 *«para determinar cuáles son los conceptos minutables en cada operación registral debe atenderse a lo que se inscribe»*.

En definitiva podemos hablar de un incipiente argumento jurisprudencial en varias sentencias de primera instancia, jurisprudencia menor de la audiencia y doctrina de la DGRN para reforzar esa existencia autónoma y obligatoria de la Base Gráfica Registral, de la que hablábamos en el epígrafe anterior y de un solo pronunciamiento de la llamada jurisprudencia menor para negarla.

I.3.2.3. Fundamento objetivo

En relación al fundamento objetivo, es decir el aspecto más lógico y práctico que justifica la existencia y obligatoriedad de la base gráfica registral autónoma, nos parece pertinente partir de las premisas iniciales formuladas por GRAGERA IBÁÑEZ, para después formular nuestra posición, premisas que reproducimos a continuación:

La primera: *«Que un mismo inmueble en un mismo Estado tenga distinta delimitación física según se trate del Registro Jurídico o del Registro Económico y Fiscal es una grave disfunción del sistema inmobiliario que incrementa los costes de transacción, disminuye la eficacia de la acción administrativa de carácter territorial y, en consecuencia, la seguridad jurídica del sistema»*.

La segunda: *«Que un mismo inmueble en un mismo Estado tenga titularidades diferentes según se trate del Registro Económico y Fiscal o del Registro Jurídico es también una grave disfunción del sistema inmobiliario con los mis-*

mos inconvenientes antes indicados. El Estado no debe admitir estas situaciones con normalidad ni conformarse con ellas»⁴⁰.

La realidad física diversa dependiendo del punto de su observancia, la existencia de varias instituciones que operan en distinta forma sobre el territorio y sobre todo la evolución legislativa ofrecen una explicación convincente y viable a estas disfunciones esgrimidas, a nuestro juicio, a modo de premisas por GRAGERA IBÁÑEZ. A los efectos que nos ocupan, tradicionalmente, tres instituciones, han operado, operan y esperamos sigan operando en distinta forma en la descripción física de los inmuebles en territorio español:

- a) La topografía, que es la ciencia que estudia el conjunto de principios y procedimientos que tienen por objeto la representación gráfica de la superficie terrestre, con sus formas y detalles, tanto naturales como artificiales. Como tal ciencia que es, tiene vocación de exactitud y sus pronunciamientos se basan en metodología científica, operan *in situ* sobre la realidad física del territorio, de ahí su precisión exhaustiva.
- b) El Catastro, que se define como un registro administrativo-fiscal en el que se describen inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales. Así la parcela catastral es concebida legalmente en el citado artículo 17 del *TRLS 2008*. El Catastro opera a distancia (con una ortofotografía⁴¹ más detallada y moderna o con menos resolución o anticuada, dependiendo de los medios económicos de que disponga) y sobre porciones mucho más amplias del territorio, islas de casas en urbano o grandes superficies en rústico, no opera con una metodología científica ni *in situ* sobre el territorio, de ahí su mayor imprecisión respecto de los topógrafos.
- c) El Registro de la Propiedad, como decíamos es un Registro Jurídico, de efectos sustantivos, cuyos pronunciamientos jurídicos de titularidad y cargas prevalecen sobre los catastrales. La finca registral, es una realidad jurídica definida como vimos por GARCÍA GARCÍA y legislativamente en el artículo 17 *TRLS*. Para poder comparar estas descripciones físicas: realidad topográfica, catastral y registral es necesario operar en el mismo plano y este, nos guste o no, es un plano georreferenciado, de ahí que la descripción literaria de los folios del Registro de la Propiedad deba traducirse a una descripción georreferenciada con coordenadas UTM sobre la porción de territorio concreta, es decir una especie de mínimo común denominador que permita la comparación entre todas, es decir un sistema de Bases Gráficas Registrales.

Cierto es que, en ocasiones, será una disfunción del sistema el que una misma porción del territorio, sin ninguna problemática aparente, se defina en forma distinta según el operador que la trate y tenemos que arbitrar medidas de coordinación que lo impidan y que desarrollaremos en los siguientes Capítulos. Pero no es menos cierto que, en otras ocasiones esa disfunción será inevitable, merced a que el objeto y la finalidad de cada una de estas instituciones es

distinto, la finca y la parcela, el dominio y sus limitaciones por un lado y la fiscalidad por otro.

En este sentido existirán unos supuestos de divergencias subsanables —aquellos en los que es posible la coordinación en la descripción física del inmueble entre Catastro y Registro—, y otros supuestos que serán intrínsecamente divergentes porque, o bien se anticipan jurídicamente y son por tanto precursores de la modificación catastral, o bien se ocupan de porciones de territorio desatendidas catastralmente o carentes de todo interés fiscal.

Las divergencias intrínsecas, a título meramente ejemplificativo, podríamos clasificarlas del siguiente modo:

1. Desde un punto de vista temporal. Las descripciones físicas del Registro de la Propiedad se anticipan en ocasiones a las catastrales, destacando: las obras nuevas en construcción, edificaciones solo proyectadas, proyectos de equidistribución, parcelaciones, segregaciones, divisiones o agrupaciones, entre otros. Estas operaciones a veces no solo se anticipan por motivos de obtener financiación sino que no llegan a acceder nunca al Catastro, que todavía mantiene las superficies originales.

2. Desde un punto de vista de desarrollo económico. El mayor o menor desarrollo de un Catastro Inmobiliario determinado dependerá del rédito fiscal que se pueda obtener con él, es decir:

2.1. El terreno rústico o urbano de pequeños pueblos y ciudades, está muy abandonado: no existen por ejemplo ni siquiera nombres de calles (ej. se numeran *c/ uno*, *c/ dos*) con lo que los nombres y números de policía de las calles están más actualizados en el Registro que en el Catastro.

2.2. Esas descripciones gráficas no están realizadas sobre nuevas ortofotografías más actuales y con mayor resolución, son planimetrías desfasadas sencillamente porque no es rentable elaborar otras y la descripción gráfica se realiza sobre ortofotos muy antiguas, sin mucha precisión.

3. Desde un punto de vista exclusivamente fiscal. El terreno público no es georreferenciado por el Catastro, dado que no tiene efectos fiscales, y por ello no lo describen gráficamente: ayuntamientos, polideportivos, cementerios, montes públicos, parques naturales o viales... Aunque las administraciones públicas hayan desatendido en general su obligación, lo cierto es que estos bienes han de estar inscritos en el Registro de la Propiedad tras los artículos 36 y sigs. de la *Ley 3 de noviembre de 2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas* (en adelante LPAAPP), el artículo 11,2 de la LC⁴² y el artículo 5 del RH, algunos se han inscrito y otros no, pero sencillamente para el Catastro no existen sobre el territorio, no pudiendo el Registro desatender a su inscripción y representación gráfica sobre el territorio, porque su importancia no es una cuestión baladí, por ejemplo en el ejercicio de derechos de tanteo y retracto o notificaciones en caso de excesos de cabida de fincas colindantes.

A diferencia de la técnica empleada por el legislador en el PLHC, para DELGADO RAMOS⁴³ no puede haber confusión posible ni disfunción del sistema porque el inmueble catastral o parcela y el registral o finca no son una misma cosa, ni tienen por qué serlo, aunque en muchos casos puedan coincidir. La única confusión, o más bien imprecisión, sobre el objeto del derecho de propiedad se produce en los casos, todavía muy numerosos, en los que la descripción registral es puramente literaria.

El Catastro y el Registro hacen cosas distintas, para finalidades distintas, por ello la única opción viable es que el Registro de la Propiedad tenga la Base Gráfica Registral de las fincas, para cuya creación se tendrá en cuenta al Catastro, pero también otros elementos, y que una vez creada esta Base Gráfica Registral de la finca funcionará de forma totalmente autónoma, extremo que técnicamente no se ha reflejado correctamente en el PLHC.

Esta opción, destacada de entre las tres que señaló GINER GARGALLO⁴⁴, no solo «no tiene tacha jurídica alguna» según destaca DELGADO RAMOS, sino que es la única congruente con la importancia de la institución registral y con la primacía de los pronunciamientos jurídicos registrales en materia de derechos reales inmobiliarios sobre cualquier otra institución, incluida el Catastro; ya que la delimitación perimetral del objeto del derecho de propiedad no es un dato de hecho, sino un pronunciamiento jurídico registral con todos los efectos, como así lo han entendido los tribunales⁴⁵, lo que ocurre es que hasta hace poco no existía esa delimitación georreferenciada de las fincas registrales.

Como conclusión a este fundamento objetivo podemos afirmar que, aunque en principio parece una disfunción del sistema, como señalaba GRAGERA IBÁÑEZ, el que la descripción física de una misma porción de terreno sea distinta según quien sea el operador que la represente y esta disfunción tenga, como veremos, una explicación teórica en la evolución legislativa y una objetiva o práctica examinada *supra*, consideramos que la Base Gráfica Registral se ha de erigir como autónoma, siquiera a efectos internos como señala el PLHC aunque con connotaciones sustantivas externas ya que es el medio para conseguir una coordinación entre Catastro y Registro sin perder esa autonomía y esencia.

Por lo que, a nuestro entender, de lo anteriormente expuesto resulta que no solo existe la posibilidad de una Base Gráfica Registral y la obligación del Registrador de disponer de aplicaciones informáticas para describir georreferencialmente una finca, sino que se muestra como una herramienta imprescindible, a partir de la entrada en vigor de las leyes, RD y proyectos mentados, el tener la Base Gráfica Registral de la finca para poder afirmar con argumentos tangibles o georreferenciados, por ejemplo: si está identificada una finca, si existe o no coordinación entre parcela catastral y finca registral, entre la Base Gráfica Catastral y la Registral, por no ser sustanciales las diferencias entre ambas; para ver si cabe o no el acceso de una obra nueva antigua en los términos que señala la regulación actual por no invasión de servidumbre de protección y, sobre todo, para facilitar el acceso de las Anotaciones preventivas de infracción urbanística,

ya que las Administraciones no operan con fincas registrales sino en el mejor de los casos con georreferenciaciones catastrales.

I.3.3. *Naturaleza jurídica de la Base Gráfica Registral*

Como hemos anticipado sobre estas líneas, la cuestión de la Naturaleza Jurídica de la Base Gráfica Registral es una cuestión discutible, aunque quizá no lo bastante bien discutida.

El punto de partida, como decíamos unas líneas más arriba, se encuentra en la concepción genérica del Derecho inmobiliario registral y la distinción entre el material y el formal.

Partiendo de esta distinción, pero sin ánimo de entrar en la materia de forma exhaustiva, examinaremos su incidencia en la determinación de la naturaleza de la Base Gráfica Registral destacando dos posturas radicalmente opuestas y una ecléctica.

a) TESIS NEGATIVA de la sustantividad de la Base Gráfica Registral

Algunos autores opinan que la Base Gráfica Registral, de incardinarse en algún lugar, solo se podría incardinar en el aspecto formal del Derecho Inmobiliario, es decir en el que estudia la organización, el conjunto de libros y los procedimientos del Registro de la Propiedad.

Estos autores pretenden sustentar esta tesis con la tradicional concepción de que los principios hipotecarios no se extienden a los datos o cuestiones de hecho, es decir a las circunstancias descriptivas del inmueble. Así, observamos un punto de vista Jurisprudencial y uno doctrinal:

Desde el punto de vista Jurisprudencial, aunque no hay unanimidad en este sentido, aducimos algunas *Sentencias del Tribunal Supremo* como las de *6 de febrero de 1947*, *5 de diciembre de 1949*, *13 de mayo de 1959*, *10 de noviembre de 1986* y *6 de febrero de 1987* que negaron que la presunción de exactitud derivada del principio de legitimación pueda proteger datos descriptivos de la finca como la superficie y los linderos; llegándose a afirmar en alguna de ellas que el Registro ni siquiera responde de que la finca exista físicamente. En el lado contrario destacamos las *Sentencias de 20 de mayo de 1974*, *de 7 de abril de 1981* y *de 2 de febrero de 1984* que confirman la extensión de dichos datos descriptivos al principio de legitimación pero no al de fe pública registral⁴⁶. Incluso recientemente la incomprensible jurídicamente *Resolución de Entidades Jurídicas de Cataluña de 2 de julio de 2014*⁴⁷ extiende el principio de legitimación a los datos de superficies constructivas y útiles de las entidades de una edificación que no constaban inscritos en el Registro sino que se querían deducir de la superficie del solar, cuando se había llevado a cabo una obra nueva *ad intra o edificación cascarón* que no se declaraba aunque se hubiera solicitado

licencia de obras mayores que afectaba a elementos constructivos y hecho un proyecto técnico previo a una división horizontal.

Desde un punto de vista doctrinal, y aunque tampoco parece haber unanimidad, algunos autores destacaron, frente a otros como MORALES MORENO⁴⁸, mucho antes de que existiera una obligatoriedad de certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en toda operación jurídica (*vide* art. 3 del TRCI tras reforma operada por LES) y estando en sus albores las propias Bases Gráficas Registrales, que en la inscripción constan circunstancias de orden jurídico —referentes al derecho real objeto de ellas— y otras de orden físico —relativas a la finca sobre la que aquel recae—; y, si bien en las primeras la declaración registral ha ido precedida de una calificación jurídica en base a documentos fehacientes, no ha sido posible esta calificación respecto de las segundas.

B) TESIS POSITIVA de la sustantividad de la Base Gráfica Registral

La Tesis positiva de la sustantividad no niega el aspecto formal pero destaca la mayor fortaleza del aspecto material por encima del formal.

La crítica que hacemos a la postura negativa, es la que a su vez nos lleva a sostener una tesis positiva, con prevalencia del aspecto material sobre el formal, o una ecléctica con igualdad de ambos aspectos en la configuración de las Bases Gráficas Registrales.

La teoría negativa de la sustantividad parece confundir la herramienta tecnológica, que sin duda tiene un aspecto formal, con la Base Gráfica Registral misma, que tiene, cuanto menos, una vocación material; pues concibe ambas como meros instrumentos a disposición del Registrador en su calificación sin ningún otro efecto jurídico que el que se pudiera derivar de esa misma calificación.

Pero esta confusión e interpretación reduccionista, no puede mantenerse en la actualidad, precisamente por las novedades legislativas introducidas: la publicación de la LES que introduce reformas en la regulación de TRCI señala una exigencia genérica de certificación catastral en toda operación jurídica en su artículo 3 y la necesidad de coordinación, ya propugnada en otros textos anteriores, entre parcela catastral y finca registral de los artículos 18 y 45 y en la misma línea el PLHC; el RD 8/2011 que modifica el TRLS, que impone al Registrador, dentro del control de la legalidad urbanística, el que compruebe que la obra nueva antigua no invade demanio público o servidumbre de uso público general y finalmente la nueva Ley de Costas que exige como imprescindible dentro del procedimiento de deslinde la georreferenciación de la finca.

Estas operaciones, que solo difícilmente pueden resolverse desde una perspectiva tradicional, elevan al máximo exponente el sistema de Bases Gráficas Registrales en el que a través de la validación, ya sea esta provisional o definitiva, el Registrador ha de efectuar una serie de operaciones que son, sin duda, muy similares a

la calificación jurídica y que se refieren, exclusivamente, a datos y circunstancias descriptivas de la finca, en lo que podemos denominar calificación gráfica registral.

En este sentido Registradores como GRAGERA IBÁÑEZ⁴⁹, FANDOS PONS⁵⁰ y VÁZQUEZ ASENJO⁵¹ destacan primordialmente el valor sustantivo o material de la Base Gráfica Registral, es decir los más que posibles efectos jurídicos que esta produce. Y dentro de este aspecto material o sustantivo desarrollan los Principios Hipotecarios en la vertiente gráfica, y así con distinta nomenclatura hablan de Principios de Inscripción Gráfica Registral, de Calificación Gráfica Registral, de Rogación Gráfica Registral, el Principio Gráfico de Tracto sucesivo, la Prioridad Gráfica Registral, la Legitimación Gráfica Registral, la Fe Pública Gráfica Registral y el Principio de Publicidad Gráfica Registral.

C) TESIS ECLÉCTICA del aspecto formal y material de la Base Gráfica Registral

Tal y como decíamos más arriba es la crítica que hacemos a la postura negativa, la que nos lleva a sostener también una tesis ecléctica respecto de las Bases Gráficas Registrales. Señalando que es indudable que la Base Gráfica Registral incide en mayor o menor medida en ambos aspectos del Derecho inmobiliario registral: el material y el formal, en igual forma.

El alcance formal es evidente, porque se introduce a nuestro modo de ver y como demostraremos en el presente trabajo, un nuevo enfoque metodológico en las oficinas de los Registros de la Propiedad y esto parece estar en la mente del legislador al redactar el PLHC, que llega incluso a extender el principio de legitimación a la descripción gráfica, principalmente catastral, aportada por el interesado como correcta e inscrita previa calificación registral, aunque técnicamente parezca relacionar directamente georreferencia catastral con finca registral.

Sin embargo este alcance formal no es óbice para que podamos señalar también cierto alcance jurídico material que se refleja en la calificación gráfica en sus tres estadios: identificación, estado de coordinación y comprobación gráfica de la validez del negocio jurídico. Alcance jurídico sustantivo, que en el momento actual, es solo incipiente doctrinalmente, y que pronto tendrá también un reflejo jurisprudencial notorio⁵², para que sus frutos pronto se dejen ver a la Comunidad Jurídica en general con los pronunciamientos de los Tribunales derivados de la práctica registral a través del sistema de las Bases Gráficas Registrales.

II. DEBILIDADES DE LA METODOLOGÍA REGISTRAL TRADICIONAL EN LA DESCRIPCIÓN INMOBILIARIA. LA PRETENDIDA COORDINACIÓN DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON EL CATASTRO INMOBILIARIO

Como hemos apuntado en el Capítulo anterior, al hablar de la naturaleza de la Base Gráfica Registral, por lo que respecta a las Bases Gráficas Registrales,

aunque no existe bastante consenso en reconocerles un aspecto sustantivo o material, si parece haberlo en reconocerles un aspecto formal o metodológico.

Desde una perspectiva etimológica e histórica es desde la que destacamos que la metodología registral ha permanecido casi inmutable al devenir de los tiempos, los folios manuscritos a pluma dejaron paso al empleo de medios informáticos con la *Ley 30 de marzo de 1990* y la *IDGRN 29 de octubre de 1996*⁵³, quedando este hito en la esfera formal exclusivamente.

En este Capítulo II abordaremos dentro de las llamadas debilidades de la metodología tradicional, las carencias derivadas de la distinta descripción física del inmueble en el Catastro (Registro de índole administrativa o fiscal) y en el Registro de la Propiedad (Registro de carácter jurídico).

Así analizada sistemáticamente en este Capítulo II la problemática derivada de estas carencias metodológicas dejaremos patente la necesidad de un nuevo enfoque metodológico registral que pasaremos a desarrollar en el Capítulo III a través del Sistema de Bases Gráficas Registrales.

II.1. PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

Podemos plantear el problema existente en la descripción física de los inmuebles en el Registro de la Propiedad siguiendo a dos autores primordialmente: a GRAGERA IBÁÑEZ⁵⁴ y a GINER GARGALLO⁵⁵.

GRAGERA IBÁÑEZ tacha de «grave disfunción del sistema» el que un mismo inmueble en un mismo Estado tuviere distinta delimitación física en el Registro Jurídico frente al Registro Fiscal o Administrativo. Propone que la coordinación entre Catastro y Registro debe basarse en un intercambio de datos, en el que el Catastro debe proporcionar al Registro una sustancia física y el Registro al Catastro una sustancia jurídica en base al principio que denomina del «doble suministro».

La Teoría del doble suministro propugnaría que «*el Catastro suministrase la base física de los inmuebles, de forma que en el Registro de la Propiedad la descripción de las fincas se ajuste a la descripción catastral. De la misma forma, que el Registro de la Propiedad suministra al Catastro las titularidades jurídicas sobre dichas fincas, que ya han sido identificadas, de forma que en el Catastro no se pueda realizar ninguna modificación jurídica que no haya sido previamente publicada por el Registro de la Propiedad. Para este autor, este principio del doble suministro es un principio fundamental en la coordinación entre Catastro y Registro*»⁵⁶.

Este autor distingue fundamentalmente dos situaciones:

La primera de convergencia o coordinación plena, que se produce cuando la configuración física de un inmueble sea coincidente en el Registro Jurídico y en el Económico y Fiscal, en la que las normas reguladoras del sistema inmobiliario deberán adoptar las medidas necesarias para que dicha coincidencia

sea mantenida y no se rompa en el diario tráfico inmobiliario, comunicando cualquier modificación física que se realice.

La segunda de divergencia o no coordinación, que tiene lugar cuando la configuración física de los inmuebles no sea coincidente, en la que el Estado deberá regular los procedimientos de subsanación de discrepancias adecuados, ágiles, baratos y eficaces, para conseguir en el tráfico jurídico inmobiliario la coincidencia descriptiva de un mismo inmueble.

Empleando otras palabras pero manteniendo la misma esencia, GINER GARGALLO afirma que la grandeza de la institución Registral Inmobiliaria en materia de seguridad en el tráfico jurídico no basta para esconder una de sus mayores deficiencias: la insuficiente definición de los inmuebles. La existencia de descripciones literarias con referencias a linderos personales y sobre todo la ausencia de una descripción gráfica de las fincas impide conocer su configuración exacta, e incluso, en ocasiones, impide conocer cuál es el emplazamiento físico de la finca, generando otras patologías como la doble inmatriculación de fincas o parte de ellas. Ante esta deficiencia, la jurisprudencia, como vimos en el epígrafe relativo a la naturaleza de la Base gráfica, ha sentado la doctrina según la cual la descripción de los bienes se considera como un dato de hecho que no goza de la protección de la fe pública registral. Lo que, según este autor, lleva a la paradoja de que el Registro es una institución esencial para determinar los derechos de propiedad que recaen sobre un inmueble pero tiene poca utilidad para definir físicamente dicho inmueble sobre el que recae la protección. En definitiva el dominio puede resultar que recaiga sobre la nada porque la finca no existe en la realidad.

Plantea este autor tres posibles soluciones:

La primera, que el Registro sustituya la descripción de las fincas registrales por la descripción catastral de las parcelas.

La segunda, que el Registro cree la Base Gráfica Registral de las fincas, para cuya generación tendrá en cuenta el Catastro, pero también otros elementos, y, una vez creada, la base gráfica registral de la finca funcionará de forma totalmente autónoma.

La tercera, que los registradores estudien detectar las discrepancias entre la información de ambas instituciones, fijar los procedimientos de subsanación de divergencias así como las medidas necesarias para mantener la convergencia lograda.

GINER GARGALLO denosta la primera opción, con argumentos claros basándose en el aspecto objetivo que distingue ambas instituciones; critica la segunda porque si bien no hay tacha jurídica a ella, no sería inteligible por la sociedad llevando a una confusión en la definición física del inmueble y se inclina por la tercera, erigiendo al Registro como eje para la subsanación de las divergencias y estableciendo las medidas necesarias para mantener la convergencia existente.

A nuestro juicio el actual PLHC hace un mezcium, parece inclinarse por la primera, es decir por la sustitución descriptiva aunque también por la tercera,

al dejar en manos del Registrador el informe gráfico para la subsanación de los errores y divergencias gráficas apreciados.

Otros autores, como VÁZQUEZ ASEÑO, hablaban de un sistema de información territorial dominical único resultado de una coordinación, entendida no como coincidencia, sino como el análisis gráfico del estado descriptivo de la finca y el de la parcela, la interoperabilidad entre Registro de la Propiedad y Catastro⁵⁷.

II.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA

Dentro de este sistema de coordinación imperfecta de nuestro ordenamiento jurídico vamos a destacar sucintamente los hitos legislativos más importantes:

Como hemos señalado sobre estas líneas, el Catastro nació por *Ley de 23 de marzo de 1906*, que preveía la figura del título real inspirado en el *Acta Torrens*⁵⁸ y la inatacabilidad de la inscripción catastral transcurridos 10 años sin contradicción, pero quedó en una mera declaración de intenciones.

La *Ley Hipotecaria de 1861* carecía de previsiones al ser anterior al nacimiento del Catastro y la *reforma de 1909* solo aludía a la coordinación en su preámbulo, sin señalar medidas concretas.

La *Ley Hipotecaria de 1946* y su *Reglamento de 1947* contenían las primeras previsiones relacionadas con la coordinación, al exigir referencia catastral en: los expedientes de dominio, inmatriculación por título público o acta de notoriedad, constatación de los excesos de cabida o reanudación del tracto sucesivo.

La *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de marzo de 1973*, previó la constancia de la concentración parcelaria en el Registro de la Propiedad y en el Catastro.

El *Real Decreto 3 de mayo de 1980* dicta por primera vez normas de coordinación de fincas registrales con el Catastro:

- Supone la conformidad de la Administración con los datos descriptivos de la finca contenidos en el folio registral.
- Extiende la presunción de titularidad y de posesión a los datos físicos descriptivos de las fincas (principio de legitimación del art. 38 de la LH).

El *Decreto de 30 de marzo de 1990*, analizado pormenorizadamente al tratar el fundamento legal de la base gráfica, introdujo en los artículos 398 y siguientes del RH la obligación de utilizar bases gráficas del Catastro e implantó el Índice General Informatizado de las fincas y derechos inscritos, con referencias catastrales.

La *Ley de Catastro Inmobiliario 30 de diciembre de 1996*, introdujo numerosas e importantes modificaciones incorporadas a la actual legislación catastral, entre ellas el artículo 53 señalaba la obligatoriedad de consignar en los documentos públicos que se refieran a bienes inmuebles y en las correspondientes inscripciones registrales, la Referencia Catastral, que constituiría «el DNI» de las parcelas catastrales.

El *Real Decreto de 4 de septiembre de 1998*, modificó el artículo 298.1 del RH, exigiendo, para la inmatriculación por título público, referencia y certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca en términos coincidentes con la descripción del título y de la que resulte que la finca está catastrada a favor del transmitente o adquirente.

La *Ley de acompañamiento de 27 de diciembre de 2001* introdujo en el artículo 9 de la LH la posibilidad de completar la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o definición topográfica, haciendo mención expresa a la base gráfica catastral o urbanística y al plano topográfico.

Podrá obtenerse el archivo de la base gráfica como operación registral específica mediante acta notarial en la que se describa la finca y se incorpore la base gráfica. Esta actuación se desarrolló en la *IDGRN de 2 de marzo de 2000* sobre la implantación de la base cartográfica en el Registro de la Propiedad, y, en la *RDGRN de 28 de abril de 2003*⁵⁹ sobre el servicio de consultas y certificados para Notarías y Registros y la solicitud de autorización concreta para obtener datos del Catastro por vía telemática por parte de dichas Notarías y Registros.

Posteriormente sigue con la *Ley del Catastro Inmobiliario de 2002*, sustituida por el *TR 1/2004, de 5 de marzo, modificado por Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y su Reglamento de 2006 desarrollado por el RD 417/2006, de 7 de abril*.

La evolución legislativa parece querer culminar con el *Proyecto de Reforma de Ley Hipotecaria y Catastro de 2014* que partiendo de una finalidad loable y errando en la técnica conceptual utilizada (al confundir finca y parcela y comparar gráfica catastral con descripción literaria), reconoce varios elementos esenciales imprescindibles: existencia de georreferencia (catastral esencialmente), aportada y reconocida como correcta por el interesado y calificación gráfica registral a través del sistema de Bases Gráficas Registrales para su incorporación al folio real.

En definitiva, a lo largo de la historia ha habido varios intentos de coordinación, destacando fundamentalmente la *Ley 13/1996 de 30 de diciembre, el Texto Refundido 1/2004, de 5 de marzo*, tras la modificación operada por la *Ley de Economía sostenible de 4 de marzo de 2011* y el aún *Proyecto de reforma de LH y Catastro*. A partir de la primera y dado el desarrollo informático existente, ya resultaba posible intercambiar información entre el Catastro y el Registro; a partir de la segunda se implementó un procedimiento de solución de discrepancias para tratar de conseguir finalmente esa coordinación, aunque al pensar en la adaptación catastral a la realidad y dejar al margen al Registro no se ha llegado a utilizar en la práctica; esperemos el nuevo proyecto no abra más la brecha entre ambas instituciones y en trámite parlamentario, en el desarrollo normativo o con una interpretación técnica de campo adecuada puedan reconducirse las deficiencias observadas.

II.3. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LAS REFORMAS INTRODUCIDAS Y EL NUEVO PROYECTO DE LEY

En el presente epígrafe distinguiremos: de un lado, las novedades legislativas, y de otro, los aspectos técnicos de la aplicación de la reforma y el nuevo PLHC.

II.3.1. *Las novedades legislativas*

La publicación de la LES y el nuevo PLHC, parecen ir en la misma loable línea de conseguir una adecuada coordinación, así DELGADO RAMOS⁶⁰ señaló con relación a la primera las siguientes notas que deben analizarse a la luz del nuevo Proyecto:

1. A partir de la entrada en vigor de la Ley, conforme a la redacción del artículo 3.2 del TRCI⁶¹, es obligatoria la identificación geográfica de la finca mediante certificación en todo documento público que contenga hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como en el Registro de la Propiedad, dicha identificación deberá calificarse positivamente por el Registrador con carácter previo a través del Sistema de Bases Gráficas Registrales para que acceda al Registro y en caso contrario motivar mediante informe la problemática observada.

2. Supone un avance importantísimo para el Catastro y el Registro la obligatoriedad de incorporar la georreferenciación y el reconocimiento del aspecto formal del Sistema de Bases Gráficas Registrales en orden a la coordinación entre ambas instituciones.

3. Que sigue en vigor la posibilidad de aportar además, e inscribir en su caso, otras bases gráficas no catastrales conforme al artículo 33 TRCI y 10 PLHC. Como sería el caso de la Base Gráfica Registral, tal y como anticipaba también GARCÍA GARCÍA⁶².

4. Que no queda afectada ni la legislación hipotecaria ni la independencia del Registrador en la calificación de las modificaciones descriptivas de las fincas.

5. Que si la técnica empleada es adecuada puede resultar reforzada la seguridad jurídica de la institución registral, ya que junto a la georreferenciación, existe voluntad del interesado y calificación gráfica conforme al nuevo artículo 9.1 PLHC aunque no se afecte el artículo 18 LH, que debiera haber sido lo adecuado.

A nuestro entender, hemos de poner la atención sobre estas últimas notas, para afirmar que no solo se reconoce formalmente la Base Gráfica Registral y la obligación del Registrador de disponer de aplicaciones informáticas para describir georreferencialmente una finca, sino que se muestra como una herramienta imprescindible, a partir de la entrada en vigor de la LES y con el PLHC, para poder afirmar la calificación gráfica registral, es decir afirmar con argumentos tangibles o georreferenciados: si está identificada una finca, si existe o no coor-

dinación entre parcela catastral y finca registral para incluir la descripción en el folio y producir todos los efectos o si la validez del negocio puede quedar comprometida gráficamente⁶³.

II.3.2. *Los aspectos técnicos*

Dentro de los aspectos técnicos debemos hacer referencia al *iter* o camino que se ha de seguir, sistematizando este al máximo, para lo cual creemos ilustrativa la *Resolución de la DGRN de 4 de diciembre de 2013*⁶⁴ en particular los Fundamentos jurídicos IV y V mencionados en el primer capítulo y que volvemos a traer a colación aquí por razones expositivas y que parecen reafirmarse, aunque con peor técnica, en el PLHC.

Señalando el Fundamento de derecho IV que la referencia catastral de la finca: *«solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto, la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral»*.

Y el Fundamento de derecho V: *«Es evidente que el recurrente ha realizado todos los trámites precisos para la subsanación o rectificación de los datos catastrales de su finca, pero estos datos limitan sus efectos a la definición e incorporación de las parcelas al propio Catastro; mientras que la determinación de la finca registral, como base física sobre la que se proyectan el dominio y los demás derechos sobre los inmuebles, debe realizarse por el Registrador, el cual, de no cumplirse los requisitos legales señalados anteriormente como ocurre en este caso, no podrá dar acceso al Registro a la referencia catastral sino de conformidad, exclusivamente, con los procedimientos establecidos en la legislación hipotecaria a los que la misma legislación específica, antes transcrita, remite»*.

Es decir la inscripción en el folio registral de la referencia catastral aportada por el interesado solo tiene efectos identificadores de una localización determinada, es la llamada técnicamente como correspondencia positiva, que supone la inscripción de la referencia catastral en el cuerpo del asiento (también el PLHC opta por la inscripción en el cuerpo del asiento aunque lo deseable sería hacerlo constar por nota marginal al ser una circunstancia cambiante y actualizable) que como anticipamos al inicio, no implica la asunción de la descripción física, superficie y lindes que aquella describe y la sustitución de la descripción registral *ipso facto*.

La falta de correspondencia o correspondencia negativa, también es objeto de calificación registral, dando lugar a un pronunciamiento del Registrador cali-

ficando la referencia catastral como dudosa, puede deberse a que finca registral y parcela catastral son conceptos distintos que además responden a realidades diferentes, merced al carácter necesariamente actual, universal sobre el territorio, accesible y subsidiario e indiciario de la información catastral y al carácter histórico, voluntario y por tanto parcial sobre el territorio y de plena eficacia jurídica frente a terceros bajo el filtro de la calificación del Registrador de la información registral⁶⁵.

La bondad y alcance de la Resolución, que también aparecen en el PLHC, es que los datos descriptivos de la parcela no pueden ser impuestos sin más a la finca sino que es necesario una actuación de calificación gráfica por parte del Registrador. Y si esto es así, es que se está produciendo cierto cambio o revolución jurídica, ya que el Registro pasaría de no dar fe de los datos descriptivos relativos a la finca (no daba fe de la existencia misma de la finca según los tribunales) a que ciertos datos pueden tener cierta trascendencia jurídica tras una actuación del Registrador. Dentro de esta actuación, aunque el PLHC confunda ambos conceptos, creemos oportuno distinguir entre las operaciones de mera correspondencia o identificación y las de coordinación en la comparativa Catastro-Registro que pueden dar lugar a una nueva descripción.

La correspondencia está regulada actualmente en los artículos 45 y 48 TRLCI y 9.1 LH, y es una operación de carácter literario y previo cuyas conclusiones de referencia positiva, dudosa u omitida resultan de la comparativa descriptiva meramente alfanumérica y que tiene como objetivo último el trasvase de información entre Catastro y Registro de la Propiedad.

Una vez se ha realizado la correspondencia y exista una Base Gráfica Registral validada, podrá pasarse a la segunda operación que es el análisis de la coordinación, que no puede entenderse como una coincidencia.

El análisis del estado de coordinación consiste en la comparación de las respectivas representaciones gráficas de ambas realidades parcela y finca y dará lugar a una decisión del Registrador sobre su estado de coordinación que podrá ser convergente, divergente (por desplazamiento, superficie, geometría o varias de ellas combinadas) o no coordinable por error en Catastro o en Registro.

Para poder llevar a cabo ese análisis, el Registrador ha de calificar la coherencia entre la descripción literaria de la finca y su representación gráfica y la coherencia entre la descripción literaria de la parcela catastral y su representación gráfica, cuando ambas sean coherentes, podrá llevar a cabo la operación gráfica de coordinación, mediante la superposición de representaciones gráficas, que dará como resultado que las mismas coincidan íntegra o parcialmente, en cuyo caso se podrán apreciar las discrepancias, a los efectos propios de cada institución. Si no es así, deberán subsanarse sus incoherencias descriptivas, por los procedimientos previstos en la Ley Hipotecaria, si afectan a la finca registral, o por los procedimientos previstos en la legislación catastral, si afectan a la

parcela catastral. Lo cual nos lleva a la conclusión de que la coordinación, que posibilita el trasvase de información, tiene por objetivo real, la sincronización de movimientos entre ambas, pues responden a principios diferentes⁶⁶.

A nuestro juicio, esta actuación del Registrador debería distinguir fundamentalmente los siguientes pasos:

El primer paso contemplaría dos posibles supuestos de hecho:

El primero, que creemos que es el procedimiento más idóneo y deseable, sería elaborar, con carácter previo al otorgamiento de un instrumento público, lo que algunos autores han denominado Nota Simple de información registral integral⁶⁷ que comprendería:

1. Nota Simple informativa tradicional del dominio y estado de cargas.
2. Informe gráfico de la finca (según nomenclatura de PLHC), que contendría:
 - 2.1. La identificación gráfica de la finca, si el Registro de la Propiedad dispone de ella: señalando que la finca ha quedado identificada, localizada o validada, o que su identificación es suspensiva, defectuosa o provisional, o que es negativa, es decir existe la imposibilidad de localización de la finca.
O la propuesta o informe de la identificación gráfica de la finca en caso de que no estuviera en la base de datos del Registro, para lo cual se tomará como soporte la referencia catastral pero también el resto de datos que obran en el asiento relativos a la finca y en el resto de archivo del Registro.
 - 2.2. El Informe de correspondencia de la referencia catastral asignada a la finca y del estado de coordinación, entre parcela catastral, sus datos alfanuméricos y su representación gráfica con la finca registral, su descripción en el folio real y su base gráfica.
 - 2.3. A su vez, podrá insertarse información ambiental o urbanística asociada, poniendo de manifiesto las limitaciones o cargas ocultas que podrían existir como invasiones de dominio público o las de tipo urbanístico, o simplemente el estado del pago del IBI o los gastos de comunidad mediante información asociada a la finca. El PLHC les reconoce efectos de publicidad noticia.
3. La capacidad e incapacidad de los otorgantes o las situaciones concursales por consulta al Registro Civil.
4. La legitimación de la representación por consulta con el Registro Civil o Mercantil.

De este modo, en el mismo momento en que se solicite la Nota Simple integral por el Notario respecto de las fincas sobre las que se va a realizar alguna

mutación jurídico real podrá recabar la manifestación de los interesados sobre la descripción de la finca, a los efectos del *artículo 18 del TRCI*, estos podrán hacer dicha manifestación en un mismo plano comparativo georreferenciado, señalando si la realidad física se ajusta a Catastro o a Registro, o a ambas por tener coordinación convergente o que no se ajusta o coincide con ninguna, lo que dará lugar, en su caso, a la iniciación del procedimiento de subsanación de discrepancias a instancia de parte; con independencia de que pueda iniciarse de oficio, una vez se pongan dichas discrepancias en conocimiento de Gerencia de Catastro por el Registro de la Propiedad o por algún otro mecanismo legal.

El segundo supuesto de hecho, sería el que contemplaría únicamente un lapso temporal posterior, el momento del despacho e inscripción de la misma Escritura Pública, al que acompañaría los siguientes documentos:

1. Nota de Despacho o inscripción junto a las notas simples tradicionales.
2. Informe gráfico de la finca (según nomenclatura de PLHC), que contendría:
 - 2.1. La identificación gráfica de la finca: señalando que la finca ha quedado identificada, localizada o validada, o que su identificación es suspensiva, defectuosa o provisional, o que es negativa, es decir existe la imposibilidad de localización de la finca.
 - 2.2. El Informe de correspondencia de la referencia catastral asignada a la finca y del estado de coordinación, entre parcela catastral, sus datos alfanuméricos y su representación gráfica con la finca registral, su descripción en el folio real y su base gráfica.
 - 2.3. A su vez, podrá insertarse información ambiental o urbanística asociada, poniendo de manifiesto las limitaciones o cargas ocultas que podrían existir.

Al ya estar otorgado el instrumento público, los documentos 3 y 4 serían innecesarios.

En este caso las manifestaciones en la Escritura a los efectos del artículo 18 del TRCI, ya se han producido por lo que si el informe es de correspondencia positiva y el estado de coordinación es convergente o una mera divergencia por desplazamiento se podría proceder a cambiar la descripción física de la finca, sirviendo de base para ulteriores asientos y de no alterarse dicho estado extender los efectos del principio de legitimación como señala el PLHC. En el resto de casos de coordinación divergente o no coordinables se motivará la decisión de no incluir dicha identificación gráfica y la nueva descripción.

Con la obligatoriedad de suministrar certificación catastral descriptiva y gráfica en toda operación de mutación jurídico real (*vide* art. 3 TRCI), el segundo paso será la CORRESPONDENCIA, es decir VERIFICAR si es VÁLIDA/DUDOSA/OMITIDA la referencia catastral conforme al artículo 45 del TRCI⁶⁸.

El Notario se ocupará de integrar en la Escritura las manifestaciones de los interesados sobre si la realidad física de la finca coincide con la contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica.

El Registrador calificará la correspondencia de los datos descriptivos alfanuméricos, en caso de ser correcta o válida la referencia se inscribiría, en caso de ser incorrecta se señalaría, como dudosa; y si todavía no tuviera una referencia individualizada o no se aportare en el documento, como omitida.

Este segundo paso se puede efectuar desde una metodología tradicional, ya que la comparativa es simplemente literaria, en principio para llegar a este punto no sería necesario un nuevo enfoque metodológico.

Sin embargo la LES, la Resolución aludida y el nuevo PLHC parecen reconocer un tercer paso que será el análisis de COORDINACIÓN, que no de la coincidencia, es decir el examen de la cuestión desde una metodología gráfica registral, para poder entrar a valorar el estado descriptivo por comparativa entre la descripción de la parcela catastral y su representación gráfica y el de la finca registral y su base gráfica, tomando junto a lo elaborado en el primer paso y en el segundo, el contenido de la Escritura Pública que insertará, en su caso, las manifestaciones de los otorgantes acerca de la representación gráfica.

En el caso de existir manifestación de los interesados en la Escritura, calificará si la descripción de la parcela catastral a la que los interesados han manifestado su conformidad se corresponde con la de la finca registral, si la base gráfica es validada o provisional y finalmente cuál es el estado de coordinación convergente o divergente para incluir o no esa descripción catastral como descripción física de la finca en los sucesivos asientos y extender el principio de legitimación o motivar mediante informe gráfico la divergencia, notificándolo obligatoriamente también a los interesados, no solo a Gerencia de Catastro, porque de lo contrario podría generar una actuación de este último de la que el interesado no tuviera conocimiento.

Este tercer paso, y la comprobación gráfica de la validez del negocio del que nos hemos ocupado en otros trabajos, entendemos que no puede hacerse desde una metodología registral tradicional, es decir, sin disponer en el Registro de la Propiedad de un *GIS* o aplicación informática adecuada de Bases Gráficas Registrales sino que solo cabrá desde un nuevo enfoque introducido por la metodología gráfica registral como abordaremos en el siguiente capítulo.

III. EL ASPECTO FORMAL DEL SISTEMA DE BASES GRÁFICAS COMO UN NUEVO ENFOQUE METODOLÓGICO REGISTRAL

La carencia expuesta en el Capítulo II que acabamos de examinar nos lleva inexorablemente a afirmar la necesidad de un nuevo enfoque metodológico que,

de un lado, solucione los problemas tradicionales y, de otro, se abra a nuevas materias objeto de publicidad.

En el presente Capítulo veremos desde un punto de vista eminentemente empírico como el aspecto formal de la vertiente gráfica a través del sistema de Bases Gráficas Registrales supone ese nuevo enfoque metodológico que se necesitaba.

Este nuevo enfoque metodológico viene a reforzar los fines que persigue el Registro de la Propiedad; reporta unas ventajas jurídicas inmensas derivadas de la introducción de la identificación georreferenciada de las fincas que posibilitaría el verdadero encaje de la Directiva INSPIRE en nuestro ordenamiento jurídico y a la coordinación entre Registro y Catastro ayudando todo ello a la configuración del Registro Jurídico Inmobiliario del siglo XXI.

III.1. INCIDENCIA DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL EN LOS FINES DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Desde una perspectiva gráfica, cualquiera que sea el valor de la inscripción, constitutiva o simplemente declarativa, la necesidad de un tratamiento gráfico de la descripción de las fincas registrales, ya sea como tarea complementaria, o como operación sustantiva de inscripción gráfica registral es una cuestión inaplazable, pues el «*nivel de seguridad jurídica del Registro de Derechos aumentará en la medida en que se apoye en una base gráfica fiable que, al favorecer la correcta descripción de la finca, refuerce la utilidad de la información que el Registro publica*»⁶⁹.

*«Si bien puede existir el folio real sin base gráfica y de hecho así nacieron la mayoría de nuestros sistemas registrales, un sistema eficiente tiene que estar completado por una adecuada base gráfica. La identificación gráfica puede ser proporcionada por el Catastro pero, dadas las particularidades y fines propios tanto del Registro como del Catastro, ambas instituciones o funciones deben conservar su autonomía sin perjuicio de su permanente colaboración»*⁷⁰.

Además *«La finca debe ser descrita literaria y, en su caso, gráficamente, debiendo existir identidad entre ambas descripciones. Una vez inscrita la finca, el principio de legitimación debe extenderse a la descripción de la finca que figure en el Registro. Las técnicas cartográficas o topográficas son útiles para representar los datos espaciales y los polígonos de la finca sobre el territorio y establecer la relación entre las mismas, pero sin que en ningún caso puedan crear por sí mismas ningún derecho de propiedad o conferir acción ejercitable frente a terceros, puesto que ello requiere la voluntad de las partes reflejada en un documento conforme a las previsiones legales y el subsiguiente reconocimiento del Estado mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad»*⁷¹.

En atención a las distintas finalidades básicas que persigue el Registro de la Propiedad, ordenadas en torno a la idea de Seguridad jurídica, hay que señalar cómo la Base Gráfica registral va a incidir o interaccionar con ellas:

1. La cognoscibilidad general

A nuestro entender, la Base Gráfica Registral incide en esta finalidad de conocimiento general del contenido del Registro e imposibilidad de alegación de la ignorancia, en un doble sentido:

El primero porque cuánto más perfecta sea la identificación del objeto de derecho a través de la Base Gráfica Registral mayores ventajas se derivarán de esa cognoscibilidad general tanto para los titulares de los derechos reales sobre la finca como para los terceros y al contrario, serán enormes las desventajas que se derivarán de una deficiente identificación de la finca. En este sentido GRAGERA IBÁÑEZ⁷² opina que el Registro de la Propiedad no debe esperar que otras instituciones resuelvan el problema de conseguir una identificación gráfica de las fincas registrales.

El segundo porque con una herramienta tecnológica adecuada a estas Bases Gráficas se pueden asociar informaciones territoriales o urbanísticas o estados de coordinación con el Catastro, de modo que el titular del derecho pueda conocer el número de plantas que puede elevar con la información urbanística a su disposición; o en que se basa la divergencia entre parcela catastral y finca registral; o si existe incoado un procedimiento de infracción urbanística en el que todavía no se ha solicitado la Anotación Preventiva.

2. Los efectos sustantivos sobre la situación publicada

En relación a los efectos sustantivos cabe significar, como hicimos en el examen de la naturaleza jurídica de la Base Gráfica Registral en el Capítulo I, que existen primordialmente dos posturas enfrentadas y una ecléctica: la de aquellos que niegan la eficacia jurídica de las Bases Gráficas, incardinándola exclusivamente en un aspecto formal; la de los autores que reconocen una eficacia sustantiva, material o jurídica a las Bases Gráficas Registrales —una importante parte de la doctrina especializada destina sus esfuerzos a redefinir o reformular los principios hipotecarios tradicionales—; y finalmente puede distinguirse una posición ecléctica que señalará un aspecto formal y uno sustantivo inseparablemente unidos a las Bases Gráficas.

3. La seguridad del tráfico

Las dos finalidades sobre estas líneas relatadas sirven, como decíamos, a un fin esencial: la seguridad del tráfico jurídico. Por lo que si la Base gráfica incidía en aquellas reforzándolas, esta finalidad resultará doblemente reafirmada con dicho sistema de Bases Gráficas Registrales.

4. La seguridad del derecho

Además de la seguridad del tráfico, también la seguridad estática del derecho subjetivo resulta amparada por el Registro: los principios de legitimación y de tracto sucesivo podrían afectar a la Base Gráfica de modo que se asegure que sin el titular registral no se practicará ninguna rectificación o modificación de una Base Gráfica ya validada.

5. Evita la usura, fraudes y estafas y la proliferación de pleitos y demandas infundadas.

La finalidad de evitar los fraudes, estafas y cargas ocultas que existían con anterioridad al Registro y el aumento de los pleitos por tales motivos; solo resulta afectada por la Base Gráfica Registral en el sentido de la más perfecta definición física del objeto de derecho y junto a ella de todas las cargas, bien sean visibles u ocultas, que tuviere.

6. Agiliza la contratación y robustece el crédito territorial y personal.

También estas finalidades tradicionales del Registro de la Propiedad resultan a nuestro juicio reafirmadas, del mismo modo que lo eran la seguridad en los derechos y en el tráfico, con la aparición en la escena jurídica de la Base Gráfica Registral. Y ello porque con un coste mínimo, se señala junto con el informe de coordinación si la descripción física de la parcela en el ámbito del Registro económico y fiscal converge o no con la definición de la finca en el ámbito del Registro Jurídico y porque conociendo la inexistencia incluso de cargas ocultas, como ocurría hasta ahora, por ejemplo con las infracciones urbanísticas, podría crecer el crédito territorial y personal.

III.2. VENTAJAS JURÍDICAS DE LA IDENTIFICACIÓN POR MEDIO DE LA BASE GRÁFICA REGISTRAL

En este punto desarrollaremos las ventajas jurídicas que la vertiente o metodología gráfica aporta frente a la metodología tradicionalmente utilizada en la configuración del Registro Jurídico Inmobiliario del siglo XXI, distinguiendo por un lado, la apertura del Registro a la información asociada y su posibilidad de encaje en la Directiva INSPIRE 2007/2/CE, y por otro las operaciones jurídicas que facilita.

III.2.1. *La información asociada, el Registro de la Propiedad y la Directiva INSPIRE*

El estudio del presente epígrafe relativo a la Información asociada, se hará desde un punto de vista doctrinal⁷³, señalando su concepción y encaje en la Directiva INSPIRE.

III.2.1.1. Concepto de información asociada

AGUILERA ANEGÓN⁷⁴ define la técnica de la información territorial asociada como el procedimiento informático, a través del cual, un *GIS* registral asocia a la Base Gráfica de la finca registral validada aquellas especiales calificaciones jurídicas de carácter territorial representadas geográficamente por las autoridades públicas responsables de las mismas, publicadas oficialmente e incorporadas gráficamente al sistema de Bases Gráficas Registrales y de las que resultan condiciones restrictivas o expansivas en el ejercicio de las facultades inherentes al dominio inmobiliario.

REQUEJO LIBERAL concibe la información asociada como el conjunto de datos complementarios ya sean medioambientales, administrativos o urbanísticos entre otros, anejos al folio registral abierto para cada finca. Se trata de información derivada de aquellas actuaciones que impone la función social de la propiedad (fundamentalmente de carácter urbanístico y medioambiental)⁷⁵.

El inciso relativo a la información asociada en el nuevo artículo 9 PLHC y la solución que adopta en cuanto a sus efectos de publicidad noticia nos parece en el momento actual oportuno, aunque podría haber ido más allá, ya que quedaría abierta la cuestión del valor jurídico o influencia en la calificación de un documento cuando de la información asociada a la Base Gráfica Registral resulta por ejemplo la invasión de una servidumbre de protección o la iniciación de un expediente de infracción urbanística en el Registro de la Propiedad.

III.2.1.2. Encaje de la Directiva INSPIRE 2007/2/CE

Entre los hitos legislativos esenciales que debemos tener presente en materia de Bases Gráficas y que destacamos en el capítulo I, es la aprobación de la Directiva INSPIRE 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una Infraestructura de Información espacial en (conocida también con el nomen de Directiva INSPIRE, acrónimo como vimos de «*IN*frastructure for *SP*atial *IN*foRmation in the *EU*ropean *CO*munity»).

Esta Directiva supone, con la aparición de su «*Geoportal*» (cuyo objeto es dar publicidad de ámbito continental) el reconocimiento normativo expreso del aspecto gráfico en el derecho de acceso a la información territorial y a su comercialización (*vide* los arts. 7 y 14 de la Directiva).

Efectivamente, aunque el objetivo inicial de la Directiva INSPIRE, según dispone su artículo 1, consista en fijar normas generales para el establecimiento de una infraestructura de información espacial orientada a la aplicación de políticas comunitarias medioambientales, resulta evidente que si se consigue crear una primera IDE a nivel europeo, la misma, según afirman algunos autores como VÁZQUEZ ASEÑO⁷⁶, no solo tendrá fines medioambientales, sino que será de utili-

zación general para cualquier agente económico, para cualquier autoridad política que trabaje con el territorio y, sobre todo, para cualquier consumidor o usuario. Este ámbito jurídico medioambiental resulta especialmente novedoso y dada la ausencia de obstáculos histórico-normativos de tradición en los estados miembros de la Unión, puede convertirse en el vehículo vertebrador de una primera legislación realmente unificada a nivel europeo.

El Sistema de Bases Gráficas Registrales, además de las bondades examinadas en los epígrafes anteriores, permite, como hemos visto *supra*, asociar otro tipo de información que para algunos autores, por los efectos que produce es algo más que una publicidad noticia y para otros esta información, no pasa de ser un conjunto de datos complementarios, ya sean medioambientales, administrativos o urbanísticos, anejos al folio registral abierto para cada finca⁷⁷.

La existencia de esta información asociada dentro del Sistema de Bases Gráficas por un lado aporta una información adicional muy valiosa a los usuarios de los Registros, Administración Pública y ciudadanos y por otro lado, entronca precisamente con la posibilidad de que sea el vehículo para la incardinación o necesario encaje de la Directiva INSPIRE en el ordenamiento jurídico español.

En este sentido SÁNCHEZ JORDÁN⁷⁸ señala la incidencia de la Directiva INSPIRE en el Registro de la Propiedad español, pero también en los Registros de la Propiedad europeos, pudiendo entenderse en ellos comprendidos los «*conjuntos de datos espaciales*», debido en su opinión, a dos circunstancias fundamentales:

La primera, el proceso de digitalización de los datos contenidos en la institución registral, cumpliendo con la condición establecida en el art 4.1.b) de la Directiva; y

La segunda, el acceso a la misma de una gran cantidad de información con un importante componente territorial, que hasta hace poco tiempo no tenía cabida en él, y que es distinta de la que podría llamarse «*tradicional*», circunstancia que se ha visto facilitada en gran medida gracias al empleo de las señaladas por RIVERO HERNÁNDEZ, Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)⁷⁹.

Destacando esta autora que en este proceso de incorporación al Registro de nueva información territorial ha jugado un papel fundamental en nuestro país el proyecto de Bases Gráficas Registrales.

Tomando como punto de partida que en la mente del legislador europeo al dictar INSPIRE pudieran estar los Registros de la Propiedad en los distintos países de la Unión Europea, TRUJILLO CABRERA⁸⁰ se plantea si este encaje de INSPIRE debe ser a través de un Registro Administrativo o Fiscal, es decir: el Catastro o a través de un Registro Jurídico: el Registro de la Propiedad. Finalmente concluye su esperanza de encaje de esta Directiva en el Registro de la Propiedad al contrario de la interpretación literal nacionalizada de la Directiva que parece no querer cruzar el Proyecto de Ley 121/000056 que traspone INSPIRE a nuestro ordenamiento, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España⁸¹.

En este sentido la participación de los Registros de la Propiedad en la Infraestructura INSPIRE a través de la incorporación del Sistema de Bases Gráficas Registrales al «Geoportal» previsto en la Directiva europea resultaría de una importancia radical no exenta de dificultades.

Así el informe de la Comisión⁸² señaló una serie de conclusiones de las que destacamos las siguientes:

1. Los Registradores de la Propiedad están encuadrados dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 14/2010 LISIGE, delimitado en su artículo 2.
2. Los datos e información geográfica generada por el Registro de la Propiedad han de considerarse dentro del ámbito objetivo de aplicación de la LISIGE, artículo 3.2, distinguiendo dos delimitaciones:
 - El distrito hipotecario, pues se entiende comprendido en el anexo I punto 4, cuando habla de las «*Unidades administrativas en que se dividan las áreas en las que los Estados miembros tienen y/o ejercen derechos jurisdiccionales, a efectos de administración local, regional y nacional, separadas por límites administrativos*».
 - La finca registral: incluida en el concepto a que se refiere el anexo I, punto 6, el cual define «*Parcelas catastrales*» como «*Áreas determinadas por registros catastrales o equivalentes*».

Por lo tanto, pese a que en el Derecho interno español la «parcela catastral» es algo distinto de la finca registral, en Derecho europeo, (la propia Directiva), la expresión «parcela catastral» se define legalmente en un sentido más amplio, «inmueble integral», que sin duda incluye a las fincas registrales, en tanto que áreas determinadas por un registro equivalente al Catastro, (aunque en puridad su valor legal no es igual sino mucho mayor que el del Catastro), y que por tanto, están incluidas en el concepto definido por la Directiva.

En definitiva la integración de estos datos geográficos registrales en el Geoportal de la Infraestructura de Datos Espaciales de España, IDEE dentro de la capa temática general es lo procedente no como actualmente se encuentra en capas subsidiarias como otros usos o limitaciones del suelo.

III.2.2. Operaciones jurídicas que facilita en la coordinación con el Catastro

La identificación gráfica y la correcta descripción de las fincas interesa al Derecho Inmobiliario Registral para evitar algunas patologías graves, que pueden producirse por razón de una identificación y descripción inadecuada, deficiente o inexacta, por lo que las bondades jurídicas que reporta el sistema de Bases Gráficas Registrales son múltiples, destacando aquí las relativas a la coordinación con el Catastro para una más perfecta descripción física inmobiliaria.

La función registral puede asumir, de una vez por todas, el reto de obtener una descripción física de los inmuebles coordinada con el Catastro desde una perspectiva tradicional comparando descripción literaria de los folios con las georreferencias catastrales, es decir mera correspondencia como hasta ahora o puede hacerlo a través de los medios técnicos adecuados, un Sistema de Bases Gráficas, es decir verdadero análisis del estado de coordinación, comparando georreferencia registral de la finca y georreferencia catastral de la parcela.

Esto que era importante en los casos en que se inicie la subsanación de discrepancias de oficio o ante Notario por la vía del artículo 18 del TRCI se muestra esencial con el nuevo PLHC para poder efectuar la llamada calificación gráfica registral a través del Sistema de Bases Gráficas en tres estadios: identificación gráfica o correspondencia, estado de coordinación y en caso de convergencia, mientras esta subsista, la extensión del principio de legitimación a la descriptiva de la finca registral contenida en el folio y comprobación gráfica de la validez del negocio jurídico.

La solución gráfica al problema existente en la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro para una más perfecta descripción física inmobiliaria se examinará del siguiente modo:

En primer lugar, al igual que se diferencia entre parcela catastral y finca registral, sería adecuado distinguir la Base Gráfica Catastral de la Registral a los efectos de permitir la coordinación y no la sustitución de un concepto por otro. Desde el momento que se produce la calificación gráfica registral y accede a los libros del Registro la nueva descripción esta será la de la finca registral.

En segundo lugar, compararemos la aplicabilidad de la Ley de Economía sostenible y del Proyecto de reforma de Ley Hipotecaria que parecen un estadio más en las relaciones Catastro-Registro desde un nuevo enfoque metodológico gráfico, observando las ventajas que reporta frente al enfoque tradicional.

1. La distinción entre Base Gráfica Catastral y Registral

Mientras la base gráfica catastral supone la individualización física de la finca a través de coordenadas georreferenciadas, la Base Gráfica Registral identificada positivamente o validada por el Registrador como definitiva, supone que esa representación gráfica elaborada coincide en su identidad con la descripción literaria contenida en el folio registral. Por lo que la elaboración de la Base Gráfica Catastral y de la Base Gráfica Registral no habrían de ser sino una eficaz herramienta para la coordinación entre ambas instituciones, Catastro y Registro, si existe coincidencia o para señalar en un informe con argumentos tangibles dónde se encuentran las diferencias en caso contrario, y a nuestro entender, es este principio o vocación de coordinación, tan ansiado a lo largo

de la evolución legislativa, el que parece guiar la modificación introducida por la *Ley 2/2011 de 4 marzo de Economía Sostenible en el TR de Catastro de 5 de marzo de 2004* y el *Proyecto de reforma de la LH y del Catastro de 2014*.

En este sentido y tras lo examinado a lo largo de este trabajo, podemos concluir que si bien es cierto que a veces será una disfunción del sistema el que una misma porción del territorio, sin ningún problema descriptivo físico aparente, se defina en forma distinta según el operador que la trate y la Base Gráfica Registral se erige como eficaz herramienta de coordinación sanando dicha disfunción; no es menos cierto que en otras muchas ocasiones esa disfunción será inevitable, merced a que el objeto de cada una de estas instituciones es distinto y la vida de dicho objeto también puede ser diferente.

El Catastro y el Registro hacen cosas distintas, para finalidades distintas, por ello la única opción viable es que el Registro de la Propiedad complemente la descripción literaria con la georreferenciada, previa calificación registral, de modo que para la creación de la Base Gráfica Registral se tendrá en cuenta al Catastro, pero también otros elementos descriptivos inscritos y que una vez creada, su existencia y vicisitudes funcionarán de modo autónomo al Catastro pero en la medida de lo posible coordinado a través de un sistema de información territorial interoperable en que las distintas capas puedan relacionarse para evitar que situaciones que eran convergentes dejen de serlo y poder sanar los estadios divergentes y los no coordinables.

2. Las bondades del empleo de una metodología gráfica frente a la tradicional

Como dejamos indicado en el Capítulo II en el estudio de los problemas existentes en la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro para una mejor definición física del inmueble, la aplicabilidad de la LES podía hacerse desde una metodología tradicional, analizando exclusivamente la correspondencia o desde un nuevo enfoque metodológico gráfico, analizando también el estado de coordinación; sin embargo si la redacción del PLHC ve la luz tal y como la conocemos solo cabrá el nuevo enfoque metodológico para evitar que descripciones catastrales erróneas ingresen en el Registro y pueda extenderse el principio de legitimación.

No habiéndose aún aprobado ni publicado el PLHC, examinaremos estas dos posibilidades, señalando los beneficios o ventajas de emplear la metodología registral gráfica frente a la tradicional:

Desde la *METODOLOGÍA REGISTRAL TRADICIONAL* se podrá obtener la verificación de si la parcela catastral coincide o no con la finca registral, lo que llamamos mera correspondencia; pero, como decíamos sobre estas líneas, no podrá avanzarse con exactitud matemática en el estado de coordinación porque el análisis de la correspondencia se hace sin argumentos georreferenciados, sobre la base del artículo 45 del TRCI, el concepto manido e indeterminado de dudas

en la identidad de la finca y sobre todo la valiosa experiencia del Registrador en su práctica diaria. Así podríamos distinguir dos supuestos:

A) Los supuestos en que sea dudosa la referencia catastral, que puede deberse a dos motivos:

- Por imposibilidad en la identificación de la finca, al no ser coincidentes: la partida, calle o número, planta o piso según artículo 45 a) del TRCI (recordemos que nada dice el precepto en atención a una cuota, uso o naturaleza distinta).
- Por tener una superficie superior al 10% o tener dudas en la identidad de la finca, art. 45 b) del TRCI.

En estos casos de referencia dudosa, el Registrador no entrará a valorar la nueva descripción contenida en la escritura pública:

- Expedirá certificación o informe de no correspondencia por ser dudosa la referencia catastral conforme al artículo 45 a) o b) del TRCI respectivamente, aduciendo los argumentos que estime pertinentes y el artículo 3 y 18.2 del TRCI.
- Hará constar Nota Marginal de correspondencia, que indicará la omisión o la no incorporación de la referencia catastral por tener carácter de dudosa.
- Suspenderá la inscripción de la descripción catastral, se hará inscripción parcial del documento manteniendo la descripción del Registro.
- Advertirá en la Nota de despacho los argumentos que le han llevado a afirmar el carácter dudoso de la referencia y por tanto de la descripción (art. 45 a) o b) del TRCI), serán los mismos de la certificación o informe.
- Notificará al Catastro en plazo 5 días telemáticamente, o físicamente en tanto no se implemente un proceso telemático.
- Puede que se inicie procedimiento de rectificación del artículo 18 del TRCI (que calificaremos como acta notarial en la que debe intervenir en todo caso el titular registral).
- Puede que llegue Informe del Catastro, que ha de ser previamente calificado y en todo caso, siempre podrá constar como documento asociado o complementario, dependiendo su inclusión en el asiento del registrador, si lo considera conveniente se hará constar por Nota Marginal (como señala el art. 18 del TRCI).
- Puede que finalmente se coordine la descripción, en cuyo caso se extenderá un asiento de inscripción, derivado del procedimiento incoado.

B) Supuestos en que sea válida la referencia catastral.

El Registrador podrá entrar a valorar si la descripción de la parcela catastral coincide con la descripción de la finca registral contenida en los asientos del Registro. Si entendemos que hay correspondencia entre ambas:

- Se expedirá Certificación o informe de correspondencia catastral: afirmando la referencia catastral como correctamente asignada a la finca registral.
- Se hará constar la referencia catastral en el cuerpo del asiento, aunque sería deseable que se hiciera constar por Nota Marginal, debido al carácter actualizable y cambiante del Catastro.
- La descripción catastral se hará constar en los sucesivos asientos como descripción física de la finca.

Desde el NUEVO ENFOQUE METODOLÓGICO GRÁFICO REGISTRAL, puede avanzarse un estadio más en la coordinación Catastro y Registro como venimos diciendo a lo largo de la exposición, ya que se situará el análisis en el mismo plano comparativo, y este desgraciada o afortunadamente no es literario sino georreferenciado. De modo que con la herramienta adecuada tendremos mayores y mejores argumentos para la coordinación y serán argumentos prácticamente incontestables por su exactitud matemática. Sería en definitiva aplicar las virtudes de una ciencia exacta a la realidad jurídica y metodología registral.

Como habremos obtenido en el paso anterior la Base Gráfica Registral de la Finca, en este punto solo tendremos que examinar:

A') Si está validada la base gráfica registral y la correspondencia de la referencia catastral podrá ser positiva— correcta o negativa— incorrecta).

A.1') Si hay correspondencia, la coordinación puede ser:

- Convergente, en cuyo caso se procederá como en el supuesto B) elaborando un certificado o informe de coordinación justificativo, o
- Divergente por superficie, por desplazamiento de la total figura geométrica o desplazamiento de alguno de los linderos o por geometría distinta con la misma superficie o por varios de estos motivos, extremos que detecta la herramienta GIS con un simple *click* de ratón, en cuyo caso se procederá como en el supuesto A) elaborando un certificado o informe de coordinación justificativo de la divergencia del que se dejará constancia por nota marginal conforme al artículo 18 TRCI.

A.2') Si no hay correspondencia, es incorrecta la referencia catastral, no será posible la coordinación porque habrá una incoherencia superficial muy grande o porque se tratará de la referencia catastral de otra finca, o simplemente por no haber obtenido la referencia individualizada de la entidad tras una propiedad horizontal o una división o segregación; circunstancias que también habrá detectado la aplicación y que se mostrarán al Registrador, en cuyo caso se procederá como hemos examinado en el supuesto A).

B') Si es provisional la Base Gráfica Registral, no será posible la coordinación por dos motivos, porque:

- Existan discrepancias o errores descriptivos en el Registro, discrepancias que mostrará el programa informático para que el Registrador pueda proceder como en el supuesto A).
- Existan discrepancias o errores descriptivos en el Catastro, lo que se advertirá a los efectos de su corrección.

C') Finalmente si no ha sido posible localizar la finca y por tanto no se ha elaborado Base Gráfica Registral, se procederá como en el supuesto A).

IV. CONCLUSIONES

Como hemos destacado en el presente trabajo, la introducción de las nuevas tecnologías está permeando nuestra vida diaria, afectando a todo lo que se encuentra a nuestro alrededor y el Registro de la Propiedad no puede mantenerse ajena a estos avances. En este sentido podemos afirmar las siguientes conclusiones:

PRIMERA. El Sistema de Bases Gráficas Registrales está revolucionando el funcionamiento de los Registros de la Propiedad sobre la esencia de servicio público que prestan a través de la Publicidad Inmobiliaria Registral.

SEGUNDA. Hemos puesto de manifiesto desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinal, la justificación de la obligatoriedad, existencia y autonomía de la Base Gráfica Registral en relación a la certificación Catastral descriptiva y gráfica.

TERCERA. La Base Gráfica Registral que se obtiene mediante la validación por parte del Registrador, interrelacionando el historial jurídico de una finca registral con un espacio geográfico determinado mediante la asignación de coordenadas UTM, supone un nuevo enfoque metodológico en la esfera formal como reconoce el PLHC, sin perjuicio de que pueda hablarse también de ciertas connotaciones materiales o efectos sustantivos, en el refuerzo en todo caso de la calificación registral, que puede solucionar las carencias metodológicas tradicionales y sobre todo abordar con éxito las relaciones de coordinación en la descripción física inmobiliaria entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, verdadero talón de Aquiles de nuestro sistema.

CUARTA. El *Proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria y del Catastro de 2014*, aunque imperfecto técnicamente al confundir finca y parcela, persigue un objetivo loable para tratar de conseguir la coordinación Catastro-Registro al reconocer la vertiente formal o metodológica de la Base Gráfica Registral y señalar los efectos de la información asociada como publicidad noticia, empezando a caminar la senda de la calificación gráfica iniciada con la doctrina de la DGRN en pro de la seguridad jurídica preventiva en el tráfico inmobiliario.

Esperemos que las deficiencias técnicas se subsanen en el trámite parlamentario o en el desarrollo técnico de campo y no abran más la brecha entre ambas instituciones.

QUINTA. El colectivo registral deberá decidir, en la configuración del Registro Jurídico del siglo XXI, si desea permanecer anclado exclusivamente en las materias tradicionales, es decir, en la seguridad jurídica en las transacciones relativas al derecho de propiedad y demás derechos reales o si, manteniendo y reforzando aquellas como esencia y fundamento al mejorar ostensiblemente la calificación registral, puede abrirse a otras materias como el sistema de Bases Gráficas Registrales, asumiendo la responsabilidad que ello comportaría y sobre todo haciéndose más indispensables, si cabe, para la sociedad dentro de un marco legal adecuado sobre dos pilares: el gráfico sobre el territorio y la llevanza electrónica con bases de datos en local, y en todo caso ambos pilares concebidos como instrumentos al servicio del Registrador.

SEXTA. El estudio de cuándo, cómo y por qué la descripción de una finca admite una traducción gráfica territorial; y la proyección de futuro que para la disciplina registral puede llegar a tener el empleo de un Sistema de Bases Gráficas dependerá de la implicación de los Registros en la adaptación a los tiempos que corren, por lo que la catalogación como hito formal y material corresponderá a futuras generaciones de juristas señalarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA ANEGÓN, G.: «Información territorial asociada y Calificación Registral» en *Cuadernos Ambientales de número 1*, Registradors de Catalunya, enero 2011, www.registradors.cat.
- «Reforma integral de los Registros. Borrador de Anteproyecto. El Registro Electrónico» pags. 118 y sigs. *Congreso de Barcelona*, febrero 2013, Biblioteca virtual www.registradors.cat.
- ARNÁIZ EGUREN, R.: «El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro» en *Derecho Inmobiliario*, núm. 645, Madrid 1998.
- «*Registro de la propiedad y urbanismo. Estudio sobre la inscripción, actos y negocios de naturaleza urbanística*», Marcial Pons, Madrid 1995.
- ARNÁIZ RAMOS, R.: «El control de legalidad urbanística a través de la calificación registral. Alcance sobre la determinación de su extensión de la doctrina resultante de la Resolución de la DGRN de fecha 19 de mayo de 2010» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 728, noviembre-diciembre 2011.
- ARRIETA, L. J.: «Aproximación sistemática a las bases gráficas registrales» en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 19, año 2009.
- «La calificación registral en el registro de la propiedad digital y gráfico» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 740, noviembre-diciembre 2013.

BASE DE DATOS LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINA DGRN:

«www.cinder.info.es»

«www.noticias.juridicas.com»

«www.notariosyregistradores.com»

«www.registradores.org»

«www.registradors.cat»

«www.mjusticia.gob.es»

CALZADILLA MEDINA, A.: en «La aplicación de la base gráfica registral por los Tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado, con especial referencia al problema de la identidad de la finca» comunicación en la Segunda Parte, Capítulo Noveno del Texto del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad» celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011.

CARRILLO MORENTE, J. A.: «La innovación del artículo 51 del Texto Refundido de Suelo por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio. Una visión desde la perspectiva en www.blogauctoritas.es, enero de 2012.

CHALMERS, A. F.: *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?* Siglo XXI, 3ª Edición, Madrid 2000.

CONCHEIRO DEL RÍO, J.: *El Catastro y el Impuesto de Bienes Inmuebles*, Tomo I, Bosch, Barcelona 2008.

CORRAL DUEÑAS, F.: «Sentencia Tribunal Constitucional de 11 de mayo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 596, enero-febrero 1990.

CURIEL LORENTE, F.: «Inmatriculación. Reanudación del tracto sucesivo. Inscripción de excesos de cabida». *Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de y Mercantiles de España*. Madrid. 2001 y *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, número 666, julio-agosto 2001.

DEFENSOR DEL PUEBLO «La realidad catastral en España. Perspectiva del defensor del Pueblo» 2012, págs. 94 y sigs.

DELGADO RAMOS, J.: «Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la ley de catastro por la ley de economía sostenible» publicado en la página web www.notariosyregistradores.com de fecha 21 de marzo de 2011.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: «A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la Sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 667, septiembre-octubre de 2001.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: «Fundamentos del derecho civil patrimonial volumen III. Las Relaciones Jurídico Reales». *El Registro de Posesión*, Thompson-Civitas, Pamplona 2008. ISBN: 9788447030934.

DURÁN BOO, IGNACIO Y VELASCO MARTÍN-VARES, AMÁLIA: «La relación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en los países de la Unión Europea» *Revista CT/Catastro núm. 61*, octubre 2007.

FANDOS PONS, P.: en «La seguridad jurídica del Sistema de Bases Gráficas Registrales» ponencia en las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 7 de marzo de 2012 www.blogauctoritas.es.

- «La declaración de interés comunitario y el registro de la propiedad ¿hacia un nuevo catálogo de derechos reales de corte ambiental?» en *Lunes 4.30*, número 485, noviembre 2010.
- «El alcance de la implantación del sistema de bases gráficas registrales» en *Lunes 4.30*, número 472, enero 2010.
- «Información territorial y urbanística asociada» ponencia del *Congreso de Registradores usuarios del software Temple Sig. Reg.* celebrado el 16 de noviembre en Valencia, www.regsete.com.
- FANDOS PONS, P. y PRADO GASCÓ V. J.: en «La relación entre Registro de la Propiedad y el Catastro: una propuesta equilibrada a propósito del proyecto de Ley de Economía Sostenible». *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España*, núm. 172, octubre de 2010.
- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Tomo I, II y III, Thompson-Civitas Pamplona, ISBN obra completa: 9788447036790.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo V, *Urbanismo y Registro*, Ed. Civitas, Madrid 1999, ISBN 9788447011728.
- «Teoría General de los Bienes y las cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, número 676, marzo-abril 2003.
- GINER GARGALLO, A.: «Comparación entre Catastro y Registro: Camino hacia la convergencia. Proyecto Castellbisbal» ponencia realizada el 8 de marzo de 2012 en las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores www.blogauctoritas.es.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Los Sistemas registrales en el Mercado Inmobiliario e Hipotecario» ponencia publicada en www.blogauctoritas.es, diciembre 2011, presentada en el Curso Iberoamericano de Derecho Registral de octubre de 2011.
- «Regulación Normativa de la Facultad y Deber del Registrador de la Propiedad de disponer de Bases Gráficas en su Función Calificadora» ponencia de las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 6 de marzo de 2012 www.blogauctoritas.es.
- GRAGERA IBÁÑEZ, G.: «Significación jurídica del Sistema de Bases Gráficas Registrales» ponencia del *Congreso de Registradores usuarios del software Temple Sig. Reg.* celebrado el 16 de noviembre en Valencia www.regsete.com.
- «Las Bases Gráficas Registrales: historia de un proyecto por definir» comunicación que figura en el Libro de Actas del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad» celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011 www.blogauctoritas.es.
- «El principio del doble suministro y la coordinación entre el Catastro y el registro jurídico» *Ponencias y comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho registral* Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid 1993.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Derecho inmobiliario Registral*, Dykinson (revisada por DELGADO ECHEVERRÍA J. y RAMS ALBESA J.), Madrid 2003.

- LÓPEZ MEDEL, J.: *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título», en *Derecho Inmobiliario Registral*, número 703 de septiembre-octubre 2007.
- MORALES MORENO, A. M.: *Publicidad Registral y datos de hecho*, Civitas, Madrid 2000.
- NUÑEZ SÁNCHEZ, S.: «La identificación gráfica de las fincas en el registro de la Propiedad y la colaboración en esta materia con las diferentes Administraciones Públicas» ponencia de las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas*, organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 6 de marzo de 2012 www.blogautoritas.es
- PRADO GASCÓ, V. J.: «Un nuevo enfoque metodológico registral» comunicación que figura en el Libro de Actas del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad» celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011.
- en «Aproximación a la Base Gráfica Registral. Un nuevo enfoque metodológico» introductorio de las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores celebrado los días 6, 7 y 8 de marzo de 2012 www.blogautoritas.es.
- «Análisis crítico del Anteproyecto de reforma registral» publicado el 2 de mayo de 2014 en www.notariosyregistradores.org.
- «El control registral de legalidad urbanística en edificaciones cascarón» en prensa, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 4º Trimestre 2014.
- REQUEJO LIBERAL, J.: «La protección gráfica registral de los bienes de dominio público» ponencia de las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 8 de marzo de 2012, www.blogautoritas.es.
- «Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)», *Lex Nova*, Valladolid, 2007 y antes en los Anales VII. 2004-2005, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil, Madrid 2006
- RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios», en *Conjuntos inmobiliarios y Multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios* (Asociación de Profesores de Derecho civil), Bosch, Barcelona, 1993.
- ROCA SASTRE MUNCUNILL, L., ROCA SASTRE, R. M. y BERNÀ I XIRGO, J.: *Derecho hipotecario*, Tomos I al XI, Bosch, Barcelona 2008-2009, ISBN: 9788497902441.
- SANCHEZ JORDÁN, M. E.: en «Sistemas registrales europeos» comunicación que figura en el *Texto del Congreso de Tenerife territorial y el Registro celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI*, en diciembre de 2011.
- TRUJILLO CABRERA, C.: «La Directiva INSPIRE en España: ¿Catastro o Registro?» Primera parte del Capítulo Segundo del Texto del Congreso de Tenerife «La información territorial y el Registro de la propiedad», celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Editorial Bosch, Barcelona, noviembre 2010, ISBN: 9788497907842.
- «De la asociación de datos de información territorial a la inscripción gráfica registral de títulos de información territorial» ponencia de las *Jornadas Virtuales de Bases*

Gráficas organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 7 de marzo de 2012, www.blogauctoritas.es.

- *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
 - «Necesidad de encaje de la información gráfica registral dentro de la Directiva INSPIRE alegato a favor de la inclusión de la información gráfica registral en el proyecto de ley sobre su trasposición» en *Lunes 4.30*, núm. 478, mayo 2010.
 - «El visor de bases gráficas registrales», en *Lunes 4.30*, núm. 464, septiembre 2009.
 - «Utilidades del sistema de Bases Gráficas Registrales para la técnica de calificación registral» en www.notariosyregistradores.org, 3 de febrero de 2009.
 - *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- VILLAPLANA GARCÍA, C. *Fichero registral inmobiliario*, Tomos I y II, Centro de Estudios, Fundación Registral 2006, ISB.

NOTAS

¹ ZANOBINI, GUIDO fue un administrativista italiano sobre cuyas construcciones jurídicas fundamentalmente en *Corso di Diritto Administrativo* se elaboraron algunas de las definiciones esenciales del Derecho Administrativo en España: la teoría del acto administrativo de García de Enterría o la idea del Registro como servicio público entre otras.

² INSPIRE es la denominación que utilizaremos a partir de ahora cuando nos refiramos a esta Directiva, que es acrónimo de «*IN*frastructure for *S*patial *I*nfoRmation in the *E*uropean *C*ommunity».

³ Por materias tradicionales registrales entendemos las que versan sobre la seguridad jurídica en las transacciones relativas al derecho de propiedad y demás derechos reales, cuya competencia para su regulación se atribuye a los Estados miembro de la Unión Europea, según el artículo 295 del Tratado de la Comunidad Económica Europea suscrito en Roma en 1957 que dispone que «*El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros*».

⁴ Conclusiones de la comisión de Bases Gráficas para analizar el posible encaje dentro de la Directiva INSPIRE (formada por Jesús CAMY, Joaquín DELGADO, Pedro FANDOS, Antonio FERNÁNDEZ, Gabriel GRAGERA, Begoña LONGAS, Pedro PERNAS y Víctor PRADO), reunión de 26 de febrero de 2013, texto definitivo del Informe Inspire, abril 2013.

⁵ *Georreferenciación* es la identificación geográfica a través de unas coordenadas. Normalmente se utiliza el Sistema de coordenadas UTM (siglas procedentes del inglés, Universal Transverse Mercator) que es un sistema de coordenadas basado en la proyección cartográfica transversa de Mercator, y se construye como la proyección de Mercator normal, pero en vez de hacerla tangente al Ecuador, se la hace tangente a un meridiano, expresada en metros respecto del nivel del mar, a diferencia del sistema de coordenadas geográficas, expresadas en longitud y latitud.

⁶ Sitio electrónico del Ministerio de Justicia: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292426988392?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_Reforma_de_la_Ley_Hipotecaria_y_del_texto_de_la_Ley_del_Catastro.PDF. (Página Web consultada el 3 de octubre de 2014).

⁷ VÁZQUEZ ASEÑO, O. G.: *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Pág. 79 y sigs.

⁸ FANDOS PONS, P.: *Comentarios a la RDGRN 4 de diciembre de 2013* publicado en la lista libre www.registradores.org, Lunes 13 de enero de 2014.

⁹ *PDF activo*. La sigla PDF tiene origen anglosajón, procede de *Portable Document Format*, (formato de documento portátil) y es un formato de almacenamiento de documentos, desarrollado originariamente por la empresa Adobe Systems, siendo hoy un formato estándar de tipo compuesto (imagen vectorial, mapa de bits y texto). El PDF activo es una modalidad dinámica de este formato, basado en un sistema de links.

¹⁰ Dentro de las obligaciones legales de comunicación telemática destacamos la Ley 29/2010 de 3 de agosto de uso de medios electrónicos en el sector público de Cataluña que quiere potenciar la utilización de las nuevas tecnologías en las relaciones entre Administraciones Públicas y corporaciones de derecho público y personalidad jurídica, forma en que se define el Colegio de Registradores.

¹¹ *GEOBASE* es el *nomen* que se le dio al primer sistema de bases gráficas registrales como veremos dentro del Capítulo II.- *Aproximación a la Base Gráfica* en el epígrafe Orígenes de la Base Gráfica Registral.

¹² *WMS* sigla del inglés, procede de *Web Map Service* (Servicio de Mapas por la Red) un estándar de mapas generados de forma dinámica a partir de información geográfica.

¹³ *GIS* es un Sistema de Información Geográfica (SIG o GIS, en su acrónimo inglés *Geographic Information System*) es una integración organizada de hardware, software y datos geográficos, diseñada para capturar, almacenar, manipular, analizar y desplegar en todas sus formas la información geográficamente referenciada con el fin de resolver problemas complejos de planificación y gestión geográfica.

¹⁴ *Geobase Web* es la denominación que se le dio a la aplicación informática colegial de bases gráficas en nube con base de datos centralizada.

¹⁵ *Xarxa de Custòdia del Territori* es una asociación de protección ambiental que suscribió con el Decanato de los Registradores de Catalunya un convenio de colaboración el día 21 de julio de 2010 con la finalidad de utilizar la protección jurídica y publicidad que ofrece el Registro de la Propiedad en la conservación de la naturaleza, paisaje y patrimonio cultural de lugares concretos de Cataluña con la colaboración de los propietarios de estos inmuebles.

¹⁶ *La Publicidad noticia* puede definirse como aquel conocimiento público meramente indiciario, informativo o indicativo de la situación publicada, sin producir efectos jurídicos.

¹⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La realidad catastral en España. Perspectiva del defensor del Pueblo* 2012, págs. 94 y sigs.

¹⁸ DURÁN BOO, IGNACIO y VELASCO MARTÍN-VARES, AMÁLIA, «La relación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad en los países de la Unión Europea» *Revista CT/Catastro* núm. 61 octubre 2007.

¹⁹ GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo I, Thompson-Civitas, Pamplona 2011, pág. 52.

²⁰ *Registro de Contadurías e Hipotecas* creado el 31 de enero de 1768 por Carlos III ante la inoperancia de las Pragmáticas que pretendieron iniciar la publicidad de los gravámenes en España. Así la pragmática de Don Carlos y de Doña Juana de 1539, completada por la de Felipe II de 1558, creó en ciertos núcleos urbanos el llamado Registro de censos y tributos, ordenándose que se recogieran en él los contratos de censos e hipotecas, para que pudieran ser oponibles a ulterior adquirir y como requisito para ser alegables en juicio. Sin embargo, este intento fracasó en la práctica, pues los Tribunales seguían aferrados al Derecho Romano, por lo que Felipe V conminó a su cumplimiento por Cédula de 1713, que estableció el Registro en todos los lugares, aunque no fueran cabeza de jurisdicción. Ante la inoperatividad de estas Pragmáticas, Carlos III dictó la de 31 de enero de 1768 que crea los llamados Oficios o Contadurías De Hipotecas, que tuvieron gran efectividad práctica y fueron el abono y antecedente de la gran reforma hipotecaria ulterior.

²¹ *Ley Hipotecaria de 1861* (en adelante LH) es la respuesta magnífica a las necesidades económicas del momento y en su análisis destacamos dos aspectos: el primero, su génesis mediante el repaso de los trabajos preparatorios en que se cimentó, distinguiendo una fase

de sincronización con el Código Civil compuesta por: el Proyecto de 1836, el Proyecto de ley de Bases del Código Civil de 1843, anteproyecto de Luzudiaga de 1848, y el proyecto de García Goyena de 1851 y una fase de independización del mismo: el Real Decreto de 1855 y de Bases de 1857, hasta finalmente la aprobación de la Ley Hipotecaria; y el segundo, los principios que la inspiraron incardinados en los de índole formal y material.

²² Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «La inscripción como título valor o el valor de la inscripción como título» en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, núm. 703 de septiembre-octubre 2007, pág. 2059.

²³ Cfr. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, volumen III. *Las Relaciones Jurídico Reales. El Registro de la Propiedad. La Posesión*, Civitas, Pamplona 2008, págs. 338-342.

²⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO J. L.: *Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson (revisada por DELGADO ECHEVERRÍA J. y RAMS ALBESA J.), Madrid, 2003, pág. 157.

²⁵ Cfr. LÓPEZ MEDEL, J.: *Propiedad inmobiliaria y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de y Mercantiles, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1995, pág. 282.

²⁶ Cfr. DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. *op cit.* págs. 381-388.

²⁷ GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Teoría General de los Bienes y las cosas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral*, número 676, marzo-abril 2003, pág. 919.

²⁸ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: «La inscripción como título valor» *op cit.*, pág. 2062.

²⁹ GIS: Vide nota 12, pág. 9.

³⁰ VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Editorial Bosch, Barcelona, noviembre 2010, pág. 21. En esta obra el autor define y desarrolla los Principios de Inscripción Gráfica Registral, de Calificación Gráfica Registral, de Rogación Gráfica Registral, el Principio Gráfico de Tracto sucesivo, La Prioridad Gráfica Registral, la Legitimación Gráfica Registral, la Fe Pública Gráfica Registral y el Principio de Publicidad Gráfica Registral.

³¹ Cfr. GRAGERA IBÁÑEZ, G.: «Significación jurídica del Sistema de Bases Gráficas Registrales» ponencia del Congreso de Registradores usuarios del software Temple Sig. Reg. celebrado el 16 de noviembre en Valencia www.regsete.com y en sus comentarios a la ponencia «Delimitación Gráfica Unitaria de la Propiedad Inmobiliaria: Una vieja Historia, una Reforma Inaplazable, unas Bases de Solución» en las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 6 de marzo de 2012 www.blogautoritas.es.

³² UTM: Vide nota 5, pág. 6.

³³ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Regulación Normativa de la Facultad y Deber del Registrador de la Propiedad de disponer de Bases Gráficas en su Función Calificadora» ponencia de las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 6 de marzo de 2012 www.blogautoritas.es.

³⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: «Regulación Normativa de la Facultad y Deber del Registrador de la Propiedad de disponer de Bases Gráficas en su Función Calificadora» *cit.* nota 35, pág. 18.

³⁵ La RDGRN de 31 de agosto de 1987 (BOE 10 de septiembre de 1987).

³⁶ La RDGRN de 4 de abril de 2013 (BOE 14 de mayo de 2013).

³⁷ Las *Resoluciones de Honorarios de 26 de octubre de 2010, de 18 de enero de 2011 y de 3 y 23 de mayo de 2011* publicadas en www.registradores.org.

³⁸ La IDGRN de 2 de marzo de 2000 (Madrid, siendo el Director general, Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA) se estructura en: Primero. Identificación de la finca por la referencia catastral. Segundo. Identificación gráfica de la finca. Tercero. Procedimientos para la adecuación de la descripción gráfica. Cuarto. Constancia registral de la identificación gráfica de la finca. Quinto. Publicidad formal. Sexto. Modificaciones en las bases gráficas.

³⁹ La RDGRN de 16 de marzo de 2010; 19 de noviembre de 2012; 15 de abril de 2013 y las *Resoluciones de honorarios de 11 y 18 de enero de 2011* (www.registradores.org) reconocen la obligatoriedad de expedir la Base Gráfica Registral incluso en el supuesto de

documentos judiciales y administrativos, por ej. en una permuta y en un mandamiento de Anotación preventiva de embargo a favor de la AEAT.

⁴⁰ GRAGERA IBÁÑEZ, G.: «Las bases gráficas registrales: historia de un proyecto por definir» comunicación que figura en el *Libro de Actas del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad»* celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011 www.blogautoritas.es.

⁴¹ *Ortofotografía* u *ortofoto* es un término que procede del griego *Orthós* que significa: correcto, exacto; es una presentación fotográfica de una zona de la superficie terrestre, en la que todos los elementos presentan la misma escala, libre de errores y deformaciones, con la misma validez de un plano cartográfico; siendo la técnica empleada en cartografía, urbanismo, arquitectura y arqueología entre otras ciencias.

⁴² Artículo 11,2 LC: «*Practicado el deslinde, la Administración del Estado deberá inscribir los bienes de dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas*».

⁴³ DELGADO RAMOS, J., en comentarios a la ponencia «Comparación entre Catastro y Registro: Camino hacia la convergencia. Proyecto Castellbisbal» realizada por GINER GARGALLO A. el 8 de marzo de 2012 en las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas*, organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 8 de marzo de 2012, www.blogautoritas.es.

⁴⁴ GINER GARGALLO, A. en «Comparación entre Catastro y Registro: Camino hacia la convergencia. Proyecto Castellbisbal» ponencia realizada el 8 de marzo de 2012 en las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas*, organizadas por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores www.blogautoritas.es.

⁴⁵ *La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santa Cruz de Tenerife de 5 de diciembre de 2011 reafirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de octubre de 2012.*

⁴⁶ El Principio de publicidad material se define, como la presunción de veracidad que va aneja a los asientos del Registro de la Propiedad, refiriéndose por tanto a los efectos sustantivos del Registro y descomponiéndose en dos principios: el Principio de legitimación y el de fe pública registral. Cfr. GARCÍA GARCÍA, J. M. *Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil*, *op. cit.*, nota 14, pág. 21.

⁴⁷ *Resolución de Entidades Jurídicas de Cataluña de 2 de julio de 2014 (DOGC 7 de julio de 2014).*

⁴⁸ Cfr. MORALES MORENO, A. M.: *Publicidad Registral y datos de hecho*, Civitas, Madrid 2000, págs. 494 y sigs.

⁴⁹ Cfr. GRAGERA IBÁÑEZ, G.: «Significación jurídica del Sistema de Bases Gráficas Registrales» y en sus comentarios a la ponencia *Delimitación Gráfica Unitaria de la Propiedad Inmobiliaria*, *op. cit.*, nota 33 pág. 17.

⁵⁰ Cfr. FANDOS PONS, P., en «La seguridad jurídica del Sistema de Bases Gráficas Registrales» ponencia en las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores del día 7 de marzo de 2012 www.blogautoritas.es.

⁵¹ Cfr. VÁZQUEZ ASEÑO, O. G.: «Aproximación a los principios gráficos hipotecarios» *op. cit.*, nota 32, pág. 16.

⁵² En este sentido CALZADILLA MEDINA, A., analizando, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo 704/2009 de 2 de noviembre, destaca que «La cosa, finca, es la que es (...); no hay más que una y esta es la que existe en la realidad (...). La descrita en el Registro de la Propiedad podrá rectificarse, o no, pero en ningún caso prevalecerá sobre la que existe realmente» en «La aplicación de la base gráfica registral por los Tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado, con especial referencia al problema de la identidad de la finca» en la Segunda Parte, Capítulo Noveno del Libro de Actas del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad» celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011, pág. 258 y sigs.

Y también la *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santa Cruz de Tenerife de 5 de diciembre de 2011 reafirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 16 de octubre de 2012*; la *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife 104/2013 de 24 de septiembre y la RDGRN 4 de abril de 2013*.

⁵³ La *IDGRN 29 de octubre de 1996* (BOE 9 de noviembre de 1996).

⁵⁴ Cfr. GRAGERA IBÁÑEZ, G. «Las Bases Gráficas Registrales: historia de un proyecto (...)» *op. cit.*, nota 42 pág 22.

⁵⁵ GINER GARGALLO, A. *op. cit.*, nota 47 pág 25.

⁵⁶ Cfr. GRAGERA IBÁÑEZ, G.: «El principio del doble suministro y la coordinación entre el Catastro y el Registro Jurídico». Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral, Tomo I, Colegio de Registradores de y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid 1993, pág. 317.

⁵⁷ VÁZQUEZ ASEÑO, O. G.: «Coordinación entre el Catastro y el Registro (...)», *op. cit.*, págs. 72 y sigs.

⁵⁸ El *Acta o Sistema Torrens* debe su denominación a Sir Robert Richard Torrens, inmigrante irlandés, Diputado por Adelaida (Estado Australiano) que presentó el proyecto para dar seguridad a los títulos de las propiedades, afirmando un sistema sustantivo, también conocido como sistema Australiano.

⁵⁹ La *RDGRN de 28 de abril de 2003* (BOE 10 de junio de 2003).

⁶⁰ DELGADO RAMOS, J.: «Calificación y actuación registral en materia de bases gráficas tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Catastro por La Ley de Economía Sostenible» publicado en la página web www.notariosyregistradores.com de fecha 21 de marzo de 2011.

⁶¹ Artículo 3,2 del TRCI: «2. La certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de las características indicadas en el apartado anterior y obtenida, preferentemente, por medios telemáticos, se incorporará en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por Ley. Igualmente se incorporará en los procedimientos administrativos como medio de acreditación de la descripción física de los inmuebles».

⁶² GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Inmobiliaria Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 91.

⁶³ Cfr. PRADO GASCÓ, V. J.: en «Un nuevo enfoque metodológico registral» comunicación que figura en el *Libro de Actas del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad»* celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011, págs. 19 y sigs.; y «Aproximación a la Base Gráfica Registral. Un nuevo enfoque metodológico» introductorio de las *Jornadas Virtuales de Bases Gráficas* por el Centro de Estudios Jurídicos de Castilla-La Mancha dependiente del Decanato autonómico del Colegio de Registradores celebrado los días 6, 7 y 8 de marzo de 2012, en www.blogautoritas.es.

⁶⁴ *RDGRN 4 de diciembre de 2013* (BOE 24 de diciembre de 2013).

⁶⁵ VÁZQUEZ ASEÑO, O. G.: *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. Págs. 79 y sigs.

⁶⁶ FANDOS PONS, P.: «Comentarios a la RDGRN 4 de diciembre de 2013» publicado en la lista libre www.registradores.org, Lunes 13 de enero de 2014.

⁶⁷ AGUILERA ANEGÓN, G.: en «Reforma integral de los Registros. Borrador de Anteproyecto. El Registro Electrónico» págs. 118 y sigs. *Congreso de Barcelona*, febrero 2013, Biblioteca virtual www.registradors.cat.

⁶⁸ Artículo 45 del TRCI. Correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca: «A efectos de lo dispuesto en este título, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos:

a. Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.

b. Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 % y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador».

⁶⁹ Declaración de la Antigua suscrita el 21 de febrero de 2003 por expertos de 16 países iberoamericanos y la Organización de los Estados Americanos, en el Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) www.cinder.info.es.

⁷⁰ Declaración de Lima suscrita el 24 de mayo de 2007 por expertos de países iberoamericanos y la Organización de los Estados Americanos, en el Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) www.cinder.info.es.

⁷¹ Conclusiones Tema II: «Registro electrónico, operaciones transfronterizas y nuevas tecnologías» en el XVIII Congreso del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER) Amsterdam, septiembre de 2012 www.cinder.info.es.

⁷² GRAGERA IBÁÑEZ, G.: «Las bases gráficas registrales: historia de un proyecto por definir». Cít. nota 42, pág. 25.

⁷³ Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, págs. 39 y sigs.; y FANDOS PONS P. en «Información territorial y urbanística asociada» ponencia del Congreso de Registradores usuarios del software Temple Sig. Reg. celebrado el 16 de noviembre en Valencia www.regsete.com.

⁷⁴ Cfr. AGUILERA ANEGÓN G., «Información territorial asociada y Calificación Registral» en *Cuadernos Ambientales de la Propiedad, número 1*, Registradors de Catalunya, enero 2011, pág. 45 www.registradors.cat.

⁷⁵ REQUEJO LIBERAL, J., *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 115.

⁷⁶ Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: «Necesidad de encaje de la información gráfica registral dentro de la Directiva INSPIRE alegato a favor de la inclusión de la información gráfica registral en el proyecto de ley sobre su trasposición» en *Lunes 4.30*, núm. 478, mayo de 2010, pág. 31 y sigs.

⁷⁷ Cfr. REQUEJO LIBERAL, J.: «Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)» *op. cit.* Cfr. VÁZQUEZ ASENJO, O. G.: «La Información territorial asociada a las Bases Gráficas Registrales» *op. cit.*

⁷⁸ Cfr. SANCHEZ JORDÁN, M. E.: en «La Directiva INSPIRE y los sistemas registrales europeos» comunicación que figura en el Texto del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad» celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011, págs. 3 y sigs.

⁷⁹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: «Estatuto jurídico y régimen funcional de la propiedad separada en el Anteproyecto de Ley de conjuntos inmobiliarios de 1991», en *Conjuntos inmobiliarios y Multipropiedad. Ponencias y proyectos de ley sobre conjuntos inmobiliarios (Asociación de Profesores de Derecho civil)*, Bosch, Barcelona 1993, pág. 115 y 116

⁸⁰ Cfr. TRUJILLO CABRERA, C.: «La Directiva INSPIRE en España: ¿Catastro o Registro?» Primera parte del Capítulo Segundo del Texto del Congreso de Tenerife «La Información territorial y el Registro de la Propiedad» celebrado en el marco del Proyecto de investigación DER2008-02962/JURI, en diciembre de 2011, pág. 34 y sigs.

⁸¹ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 56-1, de 9 de febrero de 2010.

⁸² Conclusiones de la comisión de Bases Gráficas para analizar el posible encaje dentro de la Directiva INSPIRE (formada por Jesús CAMY, Joaquín DELGADO, Pedro FANDOS, Antonio FERNÁNDEZ, Gabriel GRAGERA, Begoña LONGAS, Pedro PERNAS y Víctor J. PRADO), reunión de 26 de febrero de 2013, texto definitivo del Informe Inspire, abril 2013.

(Trabajo recibido el 26-03-2014 y aceptado para su publicación el 30-03-2014)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL BOE

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 22-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 45

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: RÉGIMEN JURÍDICO.

Se presenta en el Registro una escritura de declaración de una edificación que se describe conforme a una certificación catastral descriptiva y gráfica que expresa una superficie de 202 metros cuadrados construidos terminada en el año 2006, según el propio certificado catastral. Pero a la misma escritura se incorpora una licencia de obras en la que solo se autoriza para construir 193,28 metros cuadrados y un certificado de arquitecto que declara que dicha obra se ajusta al proyecto para el cual se obtuvo la licencia. La afirmación del notario de que las licencias y certificado técnico se incorporan «a otros muy importantes efectos, pero no a los de la descripción de la obra nueva que se declara», junto con la acertada afirmación de la Registradora sustituta de que «la inscripción registral no puede crear una apariencia de legalidad respecto a una construcción que no se ha realizado ajustándose a la licencia concedida», conllevan a que, una vez que se ha aclarado por diligencia que la inscripción se solicita por la vía del número 4 del artículo 20 de la Ley del Suelo, y no por la del número 1, tales licencias y certificados incorporados a la escritura no debieran siquiera mencionarse en la inscripción registral que se practique, so pena de incurrir en esa falsa apariencia de legalidad global de la edificación que pudiera inducirse de la redacción del documento notarial pero que la inscripción y el principio de especialidad registral no deben reflejar.

Resolución de 22-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEUDOR NO HIPOTECANTE.

Por lo que se refiere al deudor no hipotecante, es decir quien no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria, el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existen importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. Aparte de las incidencias que pueden producirse a lo largo del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de que el deudor demandado pague y pueda participar en la subasta elevando las pujas de la misma, existe una razón fundamental para la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar. De ahí que, en principio, la falta de demanda contra el deudor y el requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento y podría entenderse que da lugar a la nulidad del procedimiento, a efectos registrales, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la ley. Ahora bien, respecto a la consideración del defecto como insubsanable, según resulta de la calificación registral recurrida, hay argumentos para considerar que se trata de defecto subsanable siempre que, como ocurre en el caso ahora planteado, se den una serie de circunstancias especiales que permitan superar el defecto. No de esos supuestos especiales, que como alega el recurrente concurren en este caso, es cuando el deudor no hipotecante está en situación de quiebra. En este caso, si se acreditara debidamente tal situación, hay que observar, lo mismo que sucede en el caso del concurso de acreedores, que se suspenden las ejecuciones dirigidas contra el mismo, a pesar de lo cual sería posible seguir la ejecución contra los demás interesados.

Resolución de 23-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Órdenes

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE: REQUISITOS.

Del conjunto de la escritura presentada a inscripción resulta claramente que las partes reconocen la concesión de un crédito especial, que para garantizar las obligaciones derivadas del mismo pactan la creación de una cuenta, que denominan cuenta especial de crédito de naturaleza liquidatoria, que según consta literalmente en la cláusula primera de la escritura, se abre «de conformidad con lo establecido en los artículos 153 de la LH y 245 de su reglamento» y finalmente, que las obligaciones garantizadas pierden su individualidad y la posibilidad de

ejecución aislada al ingresar en la cuenta corriente de crédito por efecto del pacto novatorio a que se refieren el último párrafo de la cláusula primera y la cláusula decima de la escritura, siendo sustituidas por el saldo resultante que constituye la única obligación garantizada por la hipoteca tal y como se establece en la cláusula novena del referido documento. Por todo ello podemos concluir que nos encontramos ante una hipoteca de las reguladas en el artículo 153 de la LH. La reciente resolución de este Centro Directivo de 5-2-2014, analizó extensamente la jurisprudencia española y comunitaria, así como la doctrina sostenida por esta Dirección General en relación con la calificación de las cláusulas financieras abusivas, señalando en cuanto a la transparencia de las cláusulas contractuales que el Registrador, como señala la Resolución de 13-9-2013, 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. En el presente supuesto concurren las siguientes circunstancias: los prestatarios son personas físicas, la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de aquellos, se concede un crédito garantizado con hipoteca al que, cualquiera que sea la naturaleza de la misma, le es de aplicación la citada orden EHA/2.899/2011. Deben rechazarse, en consecuencia, interpretaciones que permitan la posibilidad de su elusión total o parcial o la imposibilidad de su aplicación plena, entre ellas la supuesta imposibilidad de elaborar la ficha de Información Especializada puesto que esta podrá efectuarse en la medida que puedan incorporarse los datos del contrato y en cualquier caso ello no excluye el cumplimiento del resto del articulado de la orden, en particular la información precontractual a que se refiere el artículo 21. de la LEC en sus artículos 681 y siguientes se refiere a deudas garantizadas con hipoteca, no distingue entre préstamo o crédito, no excluye pues su cumplimiento cualquiera que sea la naturaleza de la obligación garantizada o de la hipoteca misma con tal de que el pago del capital o los intereses deba efectuarse en plazos, por lo tanto pactándose el reintegro o devolución de las cantidades dispuestas, el artículo 693 resulta de aplicación. Y ello es así incluso si, como sucede en este caso, las obligaciones que se cargan en la cuenta pierden su individualidad y la posibilidad de ejecución aislada por efecto del pacto novatorio, puesto que podríamos encontrarnos que por el vencimiento de una sola mensualidad del préstamo que fuera objeto de cargo en cuenta y cuya cantidad no se repusiese en los quince días pactados, se podría provocar la ejecución de la hipoteca contraviniendo lo dispuesto en el repetido artículo 693.2. Debe por tanto considerarse el sistema de amortización tanto de la propia cuenta como de las obligaciones que en ellas se asientan para evitar que se eluda la norma en perjuicio del hipotecante privándole de la protección que en la misma se establece.

Resolución de 24-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 1

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el presente caso, donde constan datos concluyentes para aseverar que la superficie se expresó con exactitud al tiempo de la segregación, a pesar de haber transcurrido cuarenta y tres años (lo cual es lógico al tratarse de una actuación

integral de urbanización en una zona con alto valor económico del terreno), presuponer, como afirma la recurrente en su escrito o se deduce de la certificación técnica, que hubo error al expresar la medición superficial a segregarse supondría, por una parte, invertir injustificadamente la única presunción legal aplicable recogida en el artículo 298.3 del RH (no puede presumirse que una declaración de voluntad formalizada en documento público e inscrita en el registro esté incurso en error; pues quizás habría de presumirse justamente lo contrario). Pero por otra, además, supondría dar por demostrado precisamente lo que se debe acreditar: que hubo un error en el pasado que justifica su rectificación en el presente. Desde otro punto de vista, si nos atenemos más a la puridad de los conceptos, (que aspiran a ser permanentes en el tiempo), que a las magnitudes, (que siempre son relativas), es evidente que aumentar la medición superficial de una porción segregada sin disminuir al tiempo la de la finca resto de matriz o de las colindantes de no existir ya resto alguno, y con independencia de la magnitud e importancia relativa de la concreta cifra implicada, supondría incurrir de modo consciente y deliberado en el concepto de doble inmatriculación, con una repercusión o gravedad, tan grande o tan pequeña, que esto vuelve a ser relativo, como el exceso pretendido, que llega al 15,50 de la superficie inscrita (761,01 metros).

Resolución de 24-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Arona

CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

Es cierto que, tal y como se puso de manifiesto en la Resolución de 22-1-2001, el cumplimiento de una condición resolutoria tiene efecto retroactivo, produciendo, además de la reinscripción a favor del transmitente, la cancelación de los derechos posteriores, sin necesidad del consentimiento de los titulares de estos. En definitiva, los terceros adquirentes, incluso con derecho inscrito o anotado, están afectados por el asiento que se solicita por la resolución, en el sentido de que han de estar a las vicisitudes del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que incumbe al adquirente según el contrato en que se estipuló la condición resolutoria. Ahora bien, de estas consideraciones no puede concluirse que la sentencia declarativa de la resolución de la permuta dictada en pleito entablado solo contra el cesionario, permita la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Por el contrario, es necesario tener en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; y, d) que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a sí se han cumplido todos los presupuestos de la resolución. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento.

Resolución de 25-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

INEXACTITUD REGISTRAL: DIFERENCIA CON EL ERROR.

Como reiteradamente ha destacado este centro Directivo, por ejemplo en las Resoluciones de 13-7 y 13-10-2009, «conviene para mayor claridad distinguir los conceptos de inexactitud registral y error. Existe inexactitud cuando concurre cualquier discordancia entre el registro y la realidad extrarregistral (cfr. art. 39 de la LH), y existe error cuando, al trasladar al registro cualquier dato que se encuentre en el título inscribible o en los documentos complementarios se incurre en una discordancia. A su vez, los errores pueden ser materiales y de concepto: son materiales cuando se ponen unas palabras por otras pero no se altera el verdadero sentido de una inscripción ni de sus componentes básicos. En caso contrario el error es de concepto». En el presente supuesto, es claro que, frente a lo pretendido por la solicitante y ahora recurrente, no existe error registral alguno en la redacción del asiento, pues la inscripción practicada, como señala el registrador en su informe, además de estar en todo caso bajo la salvaguardia de los tribunales, es acorde al contenido del título y a la voluntad de las partes, es decir, que reflejó fielmente el contenido negocial inscribible y la mutación jurídico real formalizada en la escritura de partición de herencia que fue otorgada en su día y presentada a inscripción. Por ello, como acertadamente señala el registrador en su nota de calificación, con cuyo contenido esencial coincide en su informe el criterio del notario que autorizó la escritura de herencia inscrita en su día, lo procedente no es la aplicación del procedimiento registral pretendido por la solicitante, sino que esta interponga las acciones judiciales pertinentes contra los demás otorgantes solicitando que estos otorguen o sean condenados a otorgar la correspondiente escritura pública de rectificación de la que motivó la inscripción registral.

Resolución de 25-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Arévalo

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTO SOBRE LA AFECCIÓN POR DEBERES URBANÍSTICOS.

Aunque pudiera entenderse que está garantizado con eficacia real a través de la afección de las fincas al cumplimiento de las obligaciones urbanísticas derivado del artículo 19 del RD 1.093/1997, y que el régimen aplicable es el previsto en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal, debe recordarse que estos preceptos solo permiten la ejecución aislada al margen del concurso cuando se trate de ejecución ya iniciada de acciones reales sobre bienes no afectos a la actividad empresarial y profesional del deudor. En efecto de acuerdo con lo dispuesto en el ya citado artículo 56.2 de la Ley Concursal «solo se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». Lo cierto es que no consta la resolución del juez del concurso en este sentido. En el presente expediente, que la concursada titular de la finca ostenta

condición de deudora principal y no de tercer poseedor resulta del hecho mismo de que, conforme al segundo de los mandamientos aportados para la calificación, se ha despachado —mediante ampliación— ejecución directamente contra la propia sociedad concursada al entender que los bienes están especialmente afectos al pago como consecuencia de la afección urbanística prevista en el artículo 19 de la Ley del Suelo, circunstancia que impide, por definición, tenerla por tercero en la ejecución. Pero es que además, tal y como sostiene el registrador en su nota, rige respecto de la sociedad adquirente de la finca —titular registral actual— el principio de subrogación personal en los deberes urbanísticos, al establecer el artículo 19.1 del texto refundido de la Ley del Suelo, en su inciso segundo, que «El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario (...)». Se trata de una subrogación legal, *ipso iure*, que se produce aunque la junta de compensación no haya tenido conocimiento de la cesión.

Resolución de 25-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS PARA PRACTICAR ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SU INCOACIÓN.

No se admite la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición, y esta doctrina es igualmente aplicable cuando lo que se pretende es la toma de razón en el registro, mediante la oportuna anotación preventiva, de la incoación de dicho procedimiento, ya que lógicamente el mismo defecto será predicable de la resolución que en su caso ordenare la reanudación. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado en ocasiones que dicha doctrina debe matizarse en determinados casos. Ahora bien no concurren en el supuesto que da lugar a la presente ninguna de las razones que ha llevado al Centro Directivo a aplicar una doctrina distinta a la señalada. Efectivamente, no estamos ante un supuesto (como el contemplado por la Resolución de 23-9-2003) en el que el promotor del expediente carezca de acción para subsanar las deficiencias formales que pudieran afectar a su transmitente. Tampoco es un caso de extrema dificultad en la reanudación por vía de titulación ordinaria, como el contemplado por las Resoluciones de 24-7 y 1 y 6-8-2012, que alega la recurrente, ni se está en la situación (Resoluciones de 22-5-1995 y 7-12-2012) de que en el momento de iniciar el expediente la cadena de transmisiones no se hubiese documentado debidamente. Por el contrario, la inicial transmisión de la parcela segregada se encuentra debidamente documentada, y nada cambia el fallecimiento de la entonces titular registral y de los compradores pues la respectiva cadena de transmisiones también lo está. En definitiva no hay una interrupción de tracto propiamente dicha, sino una falta de acceso al Registro de los títulos que documentan la adquisición del interesado. Por último en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación es reiterada la doctrina de este Centro Directivo según la cual es inequívoca la exigencia legal de la pertinente licencia o de la declaración municipal de su innecesaridad, y ello cualquiera que sea la forma en que finalmente la segregación tenga acceso al Registro.

Resolución de 26-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Amorebieta-Etxano.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos (arts. 90 del Código Civil y concordantes de la LEC citados en los «Vistos»). Por este motivo, el propio código restringe la actuación del juez, a falta de acuerdo, a las medidas anteriores (art. 91), como restringe también la adopción de medidas cautelares al patrimonio común y a los bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas familiares (art. 103). Fuera de este ámbito, en vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (*vid.* «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza. Procede analizar si la vivienda perteneciente a ambos cónyuges pro indiviso según el Registro y no como bien consorcial, puede inscribirse mediante la adjudicación realizada en el convenio regulador o si es necesaria la escritura pública si se entendiera que es una extinción de comunidad ordinaria entre dos copropietarios ajena a una liquidación de la sociedad conyugal. En este punto es particularmente relevante el dato de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio (mediante la asunción del préstamo hipotecario que pesa sobre la finca y la adjudicación al esposo de una cantidad complementaria compensatoria), de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio. Desde el punto de vista de la causa de la atribución patrimonial, no cabe duda de que esta existe, pues se produce una contraprestación (cfr. art. 1.274 del Código Civil). Pero, además, dentro de las distintas acepciones del concepto de causa, como ha afirmado este Centro Directivo en sus recientes Resoluciones de 7-7 y 5-9-2012 y 26-6-2014 (2.a), existe aquí también una causa tipificadora o caracterizadora propia del convenio regulador, determinante del carácter familiar del negocio realizado, con lo que existe título inscribible suficiente por referirse a un negocio que tiene su causa típica en el carácter familiar propio de los convenios de separación, nulidad o divorcio, por referirse a la vivienda familiar y a la adjudicación de la misma, que entra dentro del interés familiar de los cónyuges y de sus hijos. Y lo mismo debe decirse de la plaza de garaje y trastero ubicados en el mismo inmueble —considerados como anejos de la vivienda en el propio convenio—, y por tanto vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan número de finca propio.

Resolución de 28-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

ACREDITACIÓN DEL NIF DE COMPARECIENTES E INTERVINIENTES: ALCANCE Y FORMA.

A los efectos de la interpretación de los artículos 254 de la LH y 23 de la Ley del Notariado, los elementos determinantes de la subsunción en el supuesto de hecho de la norma que desencadena la exigencia impuesta en la misma son dos: o bien tratarse de un acto o contrato por el que «se adquirieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles», o bien tratarse de un acto o contrato distinto pero con trascendencia tributaria. Y en cualquiera de tales casos la obligación de acreditación y constancia de los respectivos números de identificación fiscal se extienden a los comparecientes y a las personas o entidades en cuya representación actúen, con independencia de que su posición contractual sea la de transmitentes o constituyentes del respectivo derecho real o como adquirentes del mismo. El NIF debe ser acreditado por su titular «mediante la exhibición del documento expedido para su constancia por la Administración Tributaria». Siendo por tanto insuficiente a tales efectos la mera manifestación realizada por el propio interesado (y por tanto, «a fortiori» tampoco será suficiente la manifestación de un tercero, como sucede en el presente caso), ni otras vías documentales que no presupongan la previa exhibición directa por su titular del documento expedido *ad hoc* por la Administración tributaria. Lo que lleva a descartar la eficacia a los efectos del cumplimiento del artículo 254 de la LH de las certificaciones telemáticas obtenidas de la oficina virtual del Catastro incorporadas a la escritura de aceptación de la hipoteca y ratificación, ni tampoco la información obtenida de los sistemas de información telemática del Registro Mercantil respecto de la entidad Med Express Holding, S.L., y que se expide con valor meramente informativo y no con carácter de certificación (*vid.* art. 77 del RRM). Al margen de esta competencia revisora del Registrador en los términos indicados respecto de la concordancia entre los datos de identificación que constan en el título y los que figuren en el Registro, en el caso del presente expediente no estamos ante un debate de esta naturaleza en el que el Registrador cuestione dicha concordancia en los respectivos datos de identificación, sino que la causa obstativa a la inscripción opuesta en la calificación estriba en la falta de acreditación de los respectivos números de identificación fiscal de los comparecientes en la escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca, cuestión que se plantea por tanto en un plano distinto.

Resolución de 28-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro de la Propiedad de Vigo, número 1

PROPIEDAD HORIZONTAL: DILIGENCIACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS.

Es cierto como dice el recurrente que el artículo 415 del RH se refiere a la acreditación de la denuncia de la sustracción del libro de actas anterior como medio de permitir la legalización de un libro nuevo sin que se aporte el ante-

rior, pero en el caso del supuesto que nos ocupa no nos encontramos ante una sustracción propiamente dicha, entendida como hurto o robo, sino ante una negativa a la devolución del libro anterior tras la cual subyace la existencia de una controversia entre las dos Juntas Directivas elegidas cada una de las cuales actúa en representación de la comunidad arrogándose la legitimidad de su actuación cuestionándose por tanto la legalidad de los acuerdos alcanzados en las reuniones celebradas.

Resolución de 31-7-2014
(BOE 23-9-2014)
Registro de la Propiedad de Ontinyent

CAUSA: REQUISITO PARA LA INSCRIPCIÓN.

La expresión de la causa es presupuesto obligado en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho, la causa es determinante, no solo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción por lo que no juega la presunción que establece el artículo 1.277 del Código Civil, pues, aunque se presumiese su existencia, así como su licitud, del Registro no resultarían los efectos del negocio para determinar de qué forma estaría protegido el titular registral.

Resolución de 31-7-2014
(BOE 23-9-2014)
Registro de la Propiedad de Granada, número 1

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS.

La consolidación es un modo de extinguir el derecho real limitativo del dominio cuando concurren en la misma persona las titularidades del derecho real pleno —propiedad— y del derecho real limitativo, que produce la extinción de este último. La posibilidad de constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador está reconocida por el artículo 154 de la LH. En estas hipotecas, a diferencia de lo que sucede en una hipoteca ordinaria, hay una indeterminación registral en cuanto al titular de la hipoteca, pues este no viene determinado por la inscripción, sino que lo será en cada momento quien resulte legitimado como poseedor del título, como consecuencia de la cadena de endosos o de la simple tradición del documento, «sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro» (art. 150 de la LH). Es doctrina de esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 31-10-1978 y 23-10-1981) la admisión del pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por impago de una sola o varias de las letras, pero siempre y cuando se prevea que al interponer la demanda, el actor aporte las letras de vencimiento posterior a la que ha resultado impagada, a fin de evitar una doble ejecución de las mismas. A la misma conclusión debe llegarse en el caso de la dación. Si bien en el caso de este expediente dicha salvedad no consta en la inscripción, resultan aplicables por analogía a las hipotecas cambiarias las normas relativas a las hipotecas en garantía de títulos endosables o al portador (arts. 154 a 156 de la LH), en cuanto sean compatibles con la naturaleza y caracteres de aquellas,

de modo que es reiterada la doctrina de esta Dirección en el sentido de que no puede cancelarse tal derecho sin acreditarse la inutilización de los títulos cambiarios, pues tal cancelación podría producir indefensión a los posteriores tenedores de los mismos, si los hubiere. Por último, hacen referencia los recurrentes a la cancelación por transcurso de los plazos de prescripción, sostienen que, como el artículo 88 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del cheque, fija un plazo de tres años contados desde el vencimiento y este plazo ha pasado, la extinción por prescripción afecta a la hipoteca y el asiento relativo a esta se puede cancelar directamente. Pero hay que distinguir la prescripción de la acción cambiaria, de la prescripción de la acción hipotecaria, aplicable a la garantía real constituida, por el transcurso del plazo de veinte años previsto en el artículo 128 de la LH. En cualquier caso, como ha sostenido reiteradamente la DGRN, el hecho de la prescripción no es una cuestión que pueda apreciar directamente el Registrador.

Resolución de 31-7-2014

(BOE 23-9-2014)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 11

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: LÍMITE DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la LH, solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo. Es cierto que en el procedimiento de ejecución directa nada impide reclamar al deudor por todo lo debido al acreedor, aunque exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria, pero siempre que no existan terceros con cargas inscritas con posterioridad, ya que en tal caso la cifra de responsabilidad hipotecaria actúa como límite.

Resolución de 1-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de El Vendrell, número 1

TITULARIDAD REGISTRAL: FONDOS DE TITULACIÓN HIPOTECARIA Y DE ACTIVOS.

La posibilidad de inscripción de bienes inmuebles y derechos reales a favor de los fondos de titulización hipotecaria ha sido hoy en día zanjada por el artículo 27 del RD-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, que ha dado nueva redacción al párrafo final del apdo. 2 de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero. Por tanto los fondos de titulización hipotecaria y los fondos de titulización de activos están dotados de aptitud para ser titulares de inmuebles que sean percibidos en pago de principal, intereses o gastos de las participaciones hipotecarias, certificados de transmisión de hipoteca, activos financieros u otros derechos de crédito que se hubieren agrupado en su activo,

ya sea en un procedimiento judicial o extrajudicial iniciado para el cobro de tales derechos de crédito.

Resolución de 1-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Algeciras, número 2

MONTES: INMATRICULACIÓN DE FINCA COLINDANTE.

De conformidad con lo establecido en el artículo 22.1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, «toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la comunidad autónoma». El modo en que se expresa el artículo 22 de la Ley de montes, al exigir en toda inmatriculación de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales el previo informe favorable del órgano forestal de la comunidad autónoma no permiten, en caso de informe desfavorable por la comunidad autónoma, otra solución que la acordada por el Registrador que es la de suspender la inscripción en tanto no se obtenga informe favorable.

Resolución de 1-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Cogolludo

URBANISMO: NOTA MARGINAL DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REPARCELACIÓN.

Es admisible la práctica de sucesivas prórrogas de la nota marginal prevista en el artículo 5.2 del RD 1.093/97.

Resolución de 1-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Girona, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

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. Es igualmente doctrina asentadísima de esta Dirección General (*vid.* por todas, Resoluciones de 16 y 23-12-2010, y 2-4-2014), que el recurso contra la calificación registral solo puede recaer sobre cuestiones que se relacionen directa o inmediatamente con la nota de calificación del Registrador; rechazándose cual-

quier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr. art. 326 LH).

Resolución de 2-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 3

NULIDAD DE INSCRIPCIÓN: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

Está claro que la resolución judicial de una compraventa, en la que no han sido parte los titulares de cargas posteriores ni fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos, no puede determinar su cancelación automática. En el supuesto de hecho de este expediente se pretende que por sentencia judicial firme se cancele no solo la compraventa declarada nula, sino también los asientos posteriores que no han tenido parte en el procedimiento. cuestión que ya resolviera expresamente la resolución de este Centro Directivo de 24-2-2001, según la cual es evidente que los asientos posteriores que traen causa de otro cuyo título ha sido declarado nulo, no pueden ser cancelados como consecuencia de una declaración de nulidad del primero, si en el procedimiento en que se declara dicha nulidad no han intervenido los titulares respectivos, siendo así que la existencia del juicio en que se declaró tal nulidad no fue reflejada en el Registro por medio de anotación preventiva de la demanda.

Resolución de 4-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

INMATRICULACIÓN: FINCA COLINDANTE A DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.

Comenzando por el análisis del segundo de los defectos señalados por la Registradora, según el cual no es posible la inmatriculación solicitada porque «la finca podría invadir el dominio público hidráulico según informe de la junta de Andalucía, Consejería de agricultura, pesca y medio ambiente, Delegación provincial de Almería». Dicho defecto no puede ser mantenido, pues, con independencia de la insuficiente motivación de la nota de calificación, ya se dijo por este Centro Directivo en las Resoluciones de 12 y 20-12-2013 que «aun en el supuesto de que la finca que se pretende inmatricular lindara con un barranco que tuviera la consideración de cauce que forme parte del dominio público, no sería exigible la previa notificación a la administración actuante como se deduce del artículo 38 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En la calificación recurrida no se expresa duda alguna sobre la identidad de la finca cuya inmatriculación se solicita, pues existe plena correspondencia entre la descripción obrante en el título y en la certificación catastral y tampoco se especifica cual es la finca previamente inscrita (ya sea de titularidad pública o privada), respecto de la que se proyectan las dudas de solapamiento o contradicción (total o parcial), que impiden la inmatriculación. Es más, de la certificación incorporada al expediente y expedida por la propia

Registradora resulta que la finca cuya inmatriculación se suspende «no aparece inscrita a nombre de persona o entidad alguna». No procede pues la alegación de los artículos 205 de la LH y 298 de su reglamento como causas impositivas de la inmatriculación solicitada. El artículo 84 del RD 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley del Catastro, aprobado por el RD Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, establece en su apdo. 2 lo siguiente: «los certificados catastrales tendrán validez durante un año a partir de la fecha de su expedición, siempre que durante ese plazo no se produzcan modificaciones en las circunstancias determinantes de su contenido». Si se contrasta la fecha de las dos certificaciones catastrales incorporadas tanto a la escritura de compraventa como al acta complementaria, se aprecia de forma clara la validez de las mismas conforme al texto transcrito. Por lo demás, reseñarse su total coincidencia y correspondencia con la descripción obrante en dichos documentos notariales y con la nueva certificación catastral incorporada al expediente y con fecha 12-4-2012. Finalmente, recordar una vez más que para la reducción de las cargas administrativas en el procedimiento registral es necesaria la diligente participación de los Registradores de la Propiedad y en este sentido han de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 41.2 del texto refundido del Catastro, que dispone, «cuando la autoridad judicial o administrativa, o los Notarios o Registradores de la Propiedad obtengan directamente las certificaciones catastrales a que se refiere el párrafo a) del apdo. 1, los otorgantes del documento público o solicitantes de la inscripción registral quedarán excluidos de la obligación a que se refiere el artículo anterior».

Resolución de 4-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Orense, número 2

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Este Centro Directivo, por ejemplo en su Resolución 7-4-2009, considera que «el acta complementaria del título público no solo puede utilizarse cuando no existe el documento fehaciente anterior; sino también cuando, existiendo, no es posible que el mismo sirva de antetítulo inmatriculatorio por cualquier causa, entre las que hay que incluir las diferencias descriptivas entre uno y otro (...) pues, como también alega el recurrente, no puede ser de peor condición aquel cuyo antetítulo no es suficiente que el que carece en absoluto de él». Por lo tanto, el concreto defecto relativo a esta cuestión señalado en la calificación registral ha de ser revocado. Concurren, y con singular relevancia, indicios señalados en la nota de calificación, tales como el nulo o escaso coste fiscal de la operación diseñada, la nula o escasa función económica, la intervención de personas ligadas por estrechos vínculos familiares (cónyuges, en este caso), y sobre todo, la circularidad de la operación efectuada, ya que la finca, que inicialmente era común a dos esposos con carácter ganancial, queda al final del proceso siendo también común a ambos esposos, pero por mitades indivisas, mediante la simple conversión de una comunidad germánica (la sociedad de gananciales) en una comunidad ordinaria por cuotas. Y esa circularidad del resultado, sin necesidad de entrar a debatir de nuevo sobre si la aportación a la sociedad de gananciales o su liquidación son auténticos títulos traslativos a los efectos de permitir la inmatriculación de las fincas que tengan por objeto, conlleva a confirmar el defecto

señalado por la calificación registral. El artículo 53, apdo. 7 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social: «En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título». En cuanto a los elementos físicamente ubicados en el interior de la finca, tales como plantaciones o edificaciones, su indicación y descripción más o menos pormenorizada en el título y en la inscripción es sin duda muy relevante, y a muy diversos efectos, como los económicos, fiscales, urbanísticos, medioambientales, etc. (pues inciden directamente en el valor de la finca y en sus posibilidades de disfrute y explotación conforme a la legalidad aplicable), pero, habiendo sido ya precisada la ubicación y delimitación geográfica de la finca que los contiene, tales detalles descriptivos no son imprescindibles, para la concreta finalidad esencial del Registro de la Propiedad de identificar y delimitar una finca con respecto a sus colindantes, y evitar incertidumbres y riesgos de doble inmatriculación, o para la concreta finalidad esencial de la deseable coordinación entre Registro de la Propiedad y Catastro para conseguir que ambas instituciones se refieran a un mismo inmueble, esto es, en el caso que nos ocupa, a una misma porción de la superficie terrestre.

Resolución de 5-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 1

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

El artículo 53, apdo. 7 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y de Orden Social: «En lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título». La finalidad que realmente persigue la coincidencia catastral exigida en el citado artículo 53, y la razón por la que el Registrador lo invoca y aplica acertadamente en su nota de calificación es otra bien distinta, cual es la de fomentar la razonable coordinación entre la finca registral desde el momento mismo de su inmatriculación con el inmueble previamente catastrado. Para lo cual, no se fuerza la coordinación a toda costa y a toda prisa de las fincas ya inmatriculadas con los inmuebles ya catastrados, pero sí que, desde la Ley 13/1996, se ha decidido claramente evitar que surjan nuevas fincas registrales por inmatriculación que no sean coincidentes *ab initio*, en su ubicación y delimitación geográfica, con uno o varios inmuebles catastrales concretos. Ahora bien, a la concreta cuestión planteada en este recurso acerca de si es exigible plena coincidencia en el nombre de los colindantes entre los expresados en el título inmatriculador y los expresados en la certificación catastral descriptiva y gráfica, la respuesta ha de ser negativa, y por tanto, ha de revocarse el concreto defecto señalado en la calificación registral relativo a este punto.

Resolución de 6-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS.

El artículo 415 del RH determina que «no podrá diligenciarse un nuevo libro mientras no se acredite la íntegra utilización del anterior. En caso de pérdida o extravío del libro anterior, podrá diligenciarse un nuevo libro siempre que el presidente o el secretario de la comunidad afirme, bajo su responsabilidad, en acta notarial o ante el Registrador, que ha sido comunicada la desaparición o destrucción a los dueños que integran la comunidad o que ha sido denunciada la sustracción». Cabalmente el Registrador suspende la legalización solicitada, basada en el extravío del libro anterior —con su correspondiente denuncia ante la policía—, pues resulta acreditada la existencia del libro que se dice extraviado, como resulta de un asiento posterior de solicitud de apertura de nuevo libro por quien aparece *prima facie* como administradora al exhibir acta de nombramiento junto con el libro legalizado. Frente a ello, no puede alegarse el principio de prioridad, por cuanto dicho principio hipotecario rige en sede de derechos reales (cfr. art. 17 de la LH) y en mucha menor extensión en sede de Registros de personas como el mercantil. Mucho menos aún puede invocarse en materia de legalización de libros de actas, donde debe prevalecer el superior principio de calificación (art. 18 LH).

Resolución de 6-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 7

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES. ENAJENACIÓN.

Establecido que el principio de accesoriedad caracteriza la cesión de los créditos hipotecarios, debe hacerse prevalecer las normas relativas a la cesión del crédito frente a las que regulan la cesión de la hipoteca, derecho real que garantiza aquel y que se entiende transmitida con el crédito. Aquí no son aplicables las reglas estrictas de disposición de un derecho real sobre un inmueble, sino las relativas al crédito. Tratándose del pago al ayuntamiento de un crédito hipotecario, el cual ha dado carta de pago, poco justificada está la exigencia de las normas relativas a la enajenación en subasta pública de los derechos patrimoniales municipales, porque lo que importa desde la perspectiva del interés público es la íntegra satisfacción de la deuda pendiente, que es lo que se ha producido en este caso. Es indiferente quien realice el pago mientras se satisfaga en su integridad; máxime cuando en este caso el pago se ha realizado con el conocimiento del deudor —según consta en el expediente— lo que permitirá que exista la subrogación pretendida en la hipoteca (cfr. arts. 1.158 y 1.159 Código Civil). En definitiva entiende este Centro Directivo que más que ante la enajenación de un activo patrimonial del ayuntamiento, estamos ante el pago de una cantidad debida a la Hacienda municipal, que conlleva la subrogación en la hipoteca, por lo que no son aquí aplicables las cautelas adoptadas en la normativa de bienes de las corporaciones locales al exigir subasta pública en los supuestos de enajenación, debiéndose considerar prevalentes, en virtud del principio de accesoriedad, las normas propias del pago.

Resolución de 7-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Santurce

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH. Si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. Resoluciones 28-11-2001, y 11-4-2002). De otro modo: cancelada por caducidad la anotación, como acontece en el caso, no es posible obtener el trasvase de prioridad en detrimento de las cargas posteriores, debiendo el Registrador denegar la inscripción del mandamiento en que dicha cancelación se pretenda.

Resolución de 7-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Pedreguer

SENTENCIA DECLARATIVA DE DOMINIO: INSCRIPCIÓN.

En cuanto al primer defecto es cierto que la posesión no es un derecho real que tenga acceso al Registro (art. 5 LH), pero la sentencia de instancia —confirmada por la audiencia— no se limita a reconocer la posesión legítima del reconviniente, para desestimar la acción reivindicatoria interpuesta por el titular registral, sino que estima en reconvencción la acción declarativa de dominio interpuesta por aquel sobre las debatidas parcelas catastrales 488 del polígono 6 (que se corresponde con la finca registral 4.971) y sobre parte de la 487 (parte por tanto de la finca registral 4.970). Del texto de la sentencia se infiere con claridad que la acción que prospera en reconvencción es declarativa de dominio, al decir expresamente que ha acreditado la propiedad (Fundamento de Derecho noveno). La transcendencia real de la sentencia y por tanto la posibilidad de su inscripción, se manifiesta no solo en este extremo, al declarar el dominio del reconviniente sobre las parcelas citadas, sino al ordenarse la nulidad del acta de notoriedad y la cancelación de las inscripciones derivadas de aquella en cuanto sean incompatibles con el pronunciamiento judicial y por tanto la inexactitud de los asientos registrales (cfr. art. 41 LH). En cuanto al defecto tercero, se dice que el acta de notoriedad declarada nula, por sí misma, no motivó asiento alguno, pues la misma es complementaria del título público de inmatriculación que es el que motivó los asientos registrales de las citadas fincas. Esto en rigor no es así, pues la inmatriculación a que se refieren los artículos 205 de la LH y 298 de su reglamento, como ha dicho reiteradamente este Centro Directivo (véase reso-

luciones citadas en los «Vistos») se produce a través de un doble título público, en este caso uno de ellos es el acta de notoriedad. Por lo que si cualquiera de estos es declarado nula, no puede subsistir el asiento que motivaron, salvo que existieran terceros protegidos por la fe pública registral (cfr. art. 40 letra d) y párrafo último de la LH).

Resolución de 7-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Iznalloz

SEGREGACIÓN DE FINCAS RÚSTICAS: UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

Como ya ha señalado este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 10-6-2009, 2-11-2012 y 25-4-2014), si bien la licencia municipal, o en su caso la certificación municipal de innecesidad de licencia, puede ser suficiente para cumplir con los requisitos urbanísticos impuestos a la segregación, cuando el asunto a dilucidar no es urbanístico sino agrario, carece la administración local de competencia. La Registradora actuó correctamente haciendo aplicación del artículo 80 del RD 1093/1997. y si la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través de sus órganos competentes, afirma que las segregaciones documentadas son inválidas por no respetarse la prohibición de divisiones y segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo correspondiente, no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de los recursos judiciales que pudieran corresponder a los interesados para instar la rectificación de la resolución dictada por la comunidad autónoma, y solicitar la correspondiente medida cautelar de carácter registral para asegurar las resultas del procedimiento, pues, como prevé el último párrafo del propio artículo 80 citado, si la resolución declarando la nulidad de la segregación fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento. Por ello, debe confirmarse la calificación de la Registradora.

Resolución de 8-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Rivas-Vaciamadrid

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS.

Se debate en este recurso la posibilidad de legalizar un libro de actas, sin que conste inscrito el título constitutivo de la propiedad horizontal o del complejo inmobiliario. Pues bien, la diversidad de las situaciones fácticas que pueden surgir a lo largo del tiempo para la organización de las comunidades de propietarios análogas a las que recaen sobre los elementos comunes de un edificio en régimen de propiedad horizontal y que puede no hayan tenido el adecuado reflejo registral, unido a la razón inspiradora de la redacción del citado precepto, hacen necesario que las actas, reflejo de sus acuerdos, puedan revestirse de oficialidad mediante el diligenciado correspondiente de sus libros, siempre y cuando de la instancia presentada se vea claramente que el libro está llamado a reflejar acuerdos propios de un régimen de propiedad horizontal, subcomunidad o conjunto inmobiliario o afecte a acuerdos de un órgano colectivo de tal

índole que recoja intereses específicos. Ahora bien no cabe olvidar que el título constitutivo de una propiedad horizontal o de un complejo inmobiliario forma «un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad» como dice literalmente el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Por esto en los casos —como el presente— en que no figure inscrito el complejo en el Registro de la Propiedad la constitución de esta comunidad, se consignarán sus datos en el libro fichero a que se refiere el artículo 415 del RH.

Resolución de 8-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CUMPLIMIENTO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

En el presente expediente, presentados en el Registro de la Propiedad decreto de adjudicación y mandamiento de cancelación de cargas en procedimiento judicial de ejecución de títulos cambiarios, la Registradora deniega la inscripción del decreto de adjudicación por estar la finca inscrita a favor de tercero que no ha sido demandado ni citado en el procedimiento, y deniega las cancelaciones decretadas en el mandamiento por haberse denegado la inscripción del decreto de adjudicación, habiendo caducado previamente la anotación preventiva de embargo decretada en el procedimiento de ejecución del que traen causa los referidos documentos, según se desprende del historial registral de la finca. Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas. Ahora bien, este criterio se ha de matizar y complementar con la reciente doctrina jurisprudencial sobre la forma en que el citado obstáculo registral pueda ser subsanado. En efecto, la Sala de lo Contencioso de nuestro TS ha tenido ocasión de manifestar recientemente en su Sentencia de 16-4-2013, en relación con la Resolución de esta Dirección General de 1-3-2013, en la parte de su doctrina coincidente con los precedentes razonamientos jurídicos, que «esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vid.* por todas Resoluciones de 10-2-2014), en cuanto a la cancelación de los asientos posteriores, que la caducidad de las anotaciones preventivas opera *ipso iure* una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en

virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 13-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de San Roque

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LEY REGULADORA DE LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA.

El supuesto de hecho es el siguiente: el señor G.C.R. de nacionalidad británica y residente en España, fallece en Cádiz en el año 2013, bajo testamento abierto otorgado ante Notario español. En él instituyó heredera de todos los bienes, derechos y acciones que el testador poseyere en España a su esposa doña C.L.R. y en caso de que esta le premuriera, a sus hijos G. y P. R., habidos de nupcias anteriormente contraídas con doña D.K.R, por partes iguales entre ellos. Además manifestó que esa disposición era factible conforme a su ley nacional. Alega la recurrente contra la calificación que «el artículo 83 del reglamento 650/2012 permite la elección de Ley aplicable por el causante, aunque aún no esté en vigor dicho reglamento comunitario». Es cierto que el apdo. 2 del mismo precepto adelanta la admisibilidad de la *professio iuris*, ampliando incluso sus términos al periodo de *vacatio legis*, estableciendo que «cuando el causante hubiera elegido, antes del 17-8-2015, la Ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía». Pero esta norma de derecho transitorio, cuyo objeto es facilitar la preparación de las sucesiones *mortis causa* cuando el testamento sea otorgado con anterioridad a dicha fecha, no resulta aplicable al caso aquí debatido. En primer lugar, porque no puede entenderse realizada la elección de Ley aplicable en el título sucesorio, en cuanto simplemente se reconoce la nacionalidad del causante sin expresa declaración de sometimiento a su Ley nacional, manifestación que ha de ser explícita conforme al considerando 39 del reglamento. Y, en segundo término, porque de acuerdo con el artículo 83.1 «las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17-8-2015 o después de esa fecha». En el presente caso, fallecido el causante en 2013 no cabe alegar la aplicación retroactiva del reglamento ni elección de Ley alguna conforme al mismo. En consecuencia, mientras dicho instrumento no se encuentre en vigor, para la resolución de la cuestión ahora planteada debe partirse de la *lex fori*, esto es la española, la cual determina, conforme al artículo 9.8 del Código Civil, que la Ley aplicable es la personal del causante, dado que España no ha firmado el convenio de La Haya de 1989, relativo a Ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que conduce a otras conexiones. Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión, (con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de Ley rectora de los efectos del matrimonio), de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la Ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de esta remitan a la Ley española,

único caso de reenvío admitido por nuestras normas de derecho internacional privado (cfr. art. 12.2 del Código Civil). Sin embargo, ese reenvío de primer grado, como ya afirmó la resolución de este Centro Directivo de 24-10-2007, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un «fraccionamiento legal de la sucesión», que de esa forma se vería regulada por varias Leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquella. Por tanto, en un caso como el actual en que una parte del patrimonio inmobiliario está ubicado en España, la remisión de la Ley inglesa a la española en cuanto a este último debe ser rechazada, prevaleciendo, por tanto, las normas sobre libertad de testar propias del Derecho inglés, frente a las restricciones que respecto de tales reglas impone la Ley española. Y esto, que se aplica paradigmáticamente, al ámbito de los derechos legitimarios, ha de aplicarse también en relación con la regulación de la reserva viudal del artículo 968 a que se refiere el Registrador en su nota de calificación. Los derechos del reservatario proceden, por tanto, no de una disposición del primer causante o del reservista, sino de un llamamiento legal, lo que implica que dicho llamamiento solo será efectivo cuando esté previsto en la *lex successionis* aplicable *in casu*, lo que no ocurre, como se ha argumentado, en el presente supuesto en el que el reenvío de la Ley inglesa designada por nuestra norma de conflicto (*vid.* art. 9.8 del Código Civil) hace a la Ley española (art. 12.2 del Código) no puede aceptarse, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, cuando el resultado de su aceptación parase en una quiebra del principio de unidad de la sucesión, lo que sucedería en el caso objeto del presente expediente de admitirse la aplicación de la Ley sucesoria española a los bienes inmuebles ubicados en España.

Resolución de 14-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Saldaña

DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS: NECESIDAD DE LEGALIZACIÓN O APOSTILLA.

El derecho de usufructo es un derecho esencialmente temporal que, como regla general, tiene carácter vitalicio, y que como tal se extingue por la muerte del usufructuario. Ahora bien, el problema surge al no haber acaecido el fallecimiento de la legataria en territorio español y aportarse para acreditar tal hecho una certificación de un Registro extranjero y ello a pesar de ostentar la persona fallecida la nacionalidad española, lo que determina que el Registro civil español sea también competente para practicar la inscripción de defunción. El artículo 36 del RH dispone que «los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de derecho internacional privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España». Este requisito de la legalización establecido por nuestras disposiciones legales para los documentos extranjeros cumple la finalidad de aseverar su autenticidad al objeto de que puedan tener eficacia en España y sean admitidos por las autoridades y oficinas públicas españolas (arts. 323.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 36.1 del RH, y Resoluciones de 6-4-1976 y 8-3-2011). Esta exigencia se predica también respecto de los documentos relativos al estado civil de las personas, respecto de los cuales el Reglamento del

Registro Civil ordena que «a salvo lo dispuesto en los tratados internacionales, requieren legalización los documentos expedidos por funcionario extranjero» (cfr. art. 88), si bien dicha exigencia podrá excusarse si «consta al Encargado (del Registro Civil español) la autenticidad del documento, directamente, o bien por haberle llegado el documento por vía oficial o por diligencia bastante», y sin perjuicio de que en caso de duda fundada sobre dicha autenticidad, «aquel realice las comprobaciones oportunas» (cfr. art. 89). Evidentemente, la regulación relativa a la exigencia de legalización, ha de entenderse aplicable al caso de las certificaciones de defunción expedidas por los encargados de un Registro Civil extranjero, tanto si su destino es su aportación a un Registro Civil español como a un Registro de la Propiedad de nuestro país a fin de acreditar el hecho del fallecimiento de cierta persona, con vistas a inscribir la mutación jurídico-real que de la misma se derive, como ocurre en el caso del presente recurso, relativo a la liquidación de gananciales y adjudicación de herencias, en la que no interviene la esposa del causante como legitimaria por haber fallecido. El cumplimiento del requisito de la legalización, como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 8-3-2011, supone en la mayor parte de los casos una serie de complejos trámites que originan dilaciones y gastos perturbadores. Por tal motivo se ha procurado rebajar el rigor de tal exigencia de la legalización en el tráfico internacional mediante la firma y ratificación por parte de España de convenios internacionales que responden a tal objetivo. En este sentido destaca por su importancia el Convenio de La Haya de 5-10-1961, por el que se suprime la legalización de los documentos públicos extranjeros, y se sustituye por el trámite de la apostilla. Ahora bien, el artículo 8 del mismo Convenio de La Haya de 1961 admite que su aplicación quede desplazada cuando en un mismo caso resulte aplicable también un régimen convencional internacional más favorable, en el sentido de contener disposiciones menos rigurosas. Pues bien, en relación con estas dispensas de legalización y de apostilla, en el ámbito del estado civil de las personas, hay que tener en cuenta los Convenios números 16 y 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil. Lo que sucede es que estos Convenios no son de aplicación en relación con los certificados de defunción procedentes de Estados que no son parte de los mismos, como ocurre en el caso objeto del presente expediente en el que el certificado aportado procede del Estado de Maine (Estados Unidos). No obstante, se advierte que a la vista de la documentación obrante en este expediente, la autenticidad formal de la certificación del Registro Civil de Maine, acreditativa del fallecimiento de la legataria, sería fácilmente verificable mediante la presentación del testimonio de la sentencia firme dictada por el Juzgado número 2 de Valladolid el 3-12-2010, (juicio ordinario 1.137/2010 A. sentencia número 1.223), en cuyo Fundamento de Derecho primero se concluye como hecho probado que doña N. D. R. falleció en el año 2008 y que además renunció a cualquier derecho en la herencia dejada por su marido, (legado del usufructo vitalicio de un piso). Las circunstancias procesales concurrentes en este caso han de considerarse suficientes para estimar cumplido el requisito de autenticidad que fundamenta la legalización o en su caso la apostilla de los documentos extranjeros en España.

Resolución de 4-9-2014
(BOE 06-10-2014)
Registro de la Propiedad de Mogán

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos. Este Centro Directivo ha entendido que forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio, pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (Resoluciones de 11-4 y 7-7-2012). Pero fuera de este supuesto las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (*vid.* «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza.

Resolución de 5-9-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Las Rozas, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS.

Debe partirse, como regla general, de la competencia del Juez de lo mercantil, encargado del concurso, para conocer de todas las incidencias de la ejecución. En efecto, es principio del Derecho concursal que el conjunto de relaciones jurídico patrimoniales del concursado quedan sujetas al procedimiento de concurso (art. 8 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Además, esta competencia del juez del concurso se extiende, en razón a su vis atractiva, no solo para llevar a cabo las ejecuciones singulares, sino para ordenar también la cancelación de los embargos y anotaciones practicadas en las mismas, de manera que la regla general de que la competencia para cancelar una anotación preventiva la tiene el mismo juez o Tribunal que la hubiera ordenado (cfr. art. 84 de la LH), puede extenderse a favor de esta competencia del juez del concurso como consecuencia del procedimiento universal de ejecución. Esta competencia del juez del concurso para cancelar embargos, queda sometida a

una triple condición: a) que la decrete el juez del concurso 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. Ciertamente abierta la fase de liquidación, en el supuesto de haberse aprobado el plan de liquidación, estos requisitos del artículo 55.3 deberán ser adaptados a la nueva situación concursal, puesto que 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 a la exigencia de la audiencia previa de los acreedores afectados deberá entenderse sustituida por la notificación, común en los procesos de ejecución, respecto de titulares de derechos y cargas que han de cancelarse, 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. En el caso del presente expediente, se pretende la cancelación de dos anotaciones de embargo. No se trata de acreedores que puedan seguir ejecución singular o aislada y tampoco se trata de créditos que gocen de privilegio especial con arreglo al artículo 90 de la Ley (cfr. art. 149.3 de la Ley Concursal). La cuestión se centra en determinar, si aprobado el plan de liquidación en el que se acuerda la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo, se precisa o no determinar en el mandamiento que se ha dado audiencia a los titulares de las anotaciones de embargo que se pretenden cancelar. Como ha quedado expuesto anteriormente, la exigencia de la audiencia de los acreedores afectados, existiendo un plan de liquidación aprobado, debe entenderse sustituida por la notificación. Tampoco 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. Del artículo 155 de la Ley Concursal, precepto aplicable a los créditos garantizados con hipoteca, aun existiendo plan de liquidación (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 23-7-2013), la cancelación de la hipoteca solo está prevista en los supuestos en que se proceda a la enajenación del bien hipotecado, sin subrogación, no con anterioridad, enajenación que ha de verificarse con estricto cumplimiento de las exigencias impuestas en el apartado cuarto de este artículo 155. Además, como ya se dijo por esta Dirección General (cfr. Resolución de 18-11-2013) el auto por el que se apruebe el plan de liquidación ha de ser firme. En el presente expediente, se pretende la cancelación de sendas hipotecas constituidas a favor de «Banco de Galicia, S.A.» y de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», en cumplimiento del auto por el que se aprueba el plan de liquidación. Pero esta cancelación de las hipotecas se pretende que se verifique con anterioridad a la enajenación del bien hipotecado, posibilidad que no es admisible, por cuanto, como ha quedado expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, el pago de los créditos con privilegio especial y, en su caso, la cancelación de la garantía hipotecaria ha de realizarse en cumplimiento estricto de los requisitos exigidos por el artículo 155 de la Ley Concursal, como consecuencia de la enajenación del bien hipotecado.

Resolución de 5-9-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Potes

EXCESO DE CABIDA: ACTA DE NOTORIEDAD CON OPOSICIÓN DE COLINDANTES.

En el presente expediente se trata de dilucidar si es posible la inmatriculación de un exceso de cabida dándose la circunstancia de que promovida acta de notoriedad a estos efectos la misma concluye con resultado negativo a tal declaración como consecuencia de la oposición de los titulares de los predios colindantes y de la junta vecinal de Bedoya, que alegan el carácter de bien de titularidad pública de la porción que constituye el exceso cuya inscripción se pretende. En el supuesto de hecho de este expediente, produciéndose la oposición de los colindantes y de la junta vecinal y surgiendo dudas sobre si pertenece al recurrente la titularidad de la porción constitutiva del exceso, es evidente que no puede procederse a la inscripción pues ni resulta acreditado, sino contradicho, el presupuesto indispensable de la previa adquisición de dicha superficie, ni consta, en consecuencia, documentado el exceso. Existiendo dicha controversia no puede el Registrador decidir sobre la misma, ni admitir alegaciones de los recurrentes que no obran debidamente documentadas, pues en definitiva la determinación de quien sea el propietario de la finca debe decidirse o bien por acuerdo de los interesados o, a falta de este, por la oportuna resolución judicial, solución a la que apunta el artículo 203.9 de la LH antes transcrito.

Resolución de 6-9-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18

LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES POR SENTENCIA: LÍMITES DE LA FACULTAD DE CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR. DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

En el presente expediente (sin poder entrar en la justificación que el recurrente hace del carácter de la vivienda como habitual familiar, dada la necesidad de tomar en consideración tan solo los documentos tenidos en cuenta en la calificación), se da la circunstancia específica y determinante de que el carácter ganancial de la vivienda ha sido declarada por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid, de fecha 12-1-2012, en proceso de liquidación de gananciales, ante la falta de acuerdo de los cónyuges en el procedimiento de separación contenciosa número 61/2009. En la ejecutoria que se acompaña se determina el inventario de la sociedad de gananciales y se declara expresamente el carácter ganancial de la indicada vivienda. No puede afirmarse en este caso, en contra de lo sostenido en la nota de calificación, que estemos propiamente ante un negocio jurídico de aportación a la sociedad de gananciales —en cuyo caso sí sería necesaria la expresión de la causa negocial y su formalización en escritura pública—, sino ante una sentencia firme dictada en procedimiento de formación de inventario, en la que expresamente se atribuye a la vivienda su anterior carácter ganancial, sin que pueda el Registrador en el ejercicio de su calificación registral calificar el fondo de la resolución judicial (cfr. art. 100 del RH) ni por tanto discutir

las razones de la atribución de la ganancialidad. Ciertamente hubiera sido más clarificador que se expresaran las razones del carácter ganancial de la vivienda (v.gr. el pago de su precio aplazado con fondos gananciales durante el matrimonio por su carácter de vivienda familiar conforme al art. 1.354 Código Civil) pero lo cierto es que existe una sentencia firme que declara tal ganancialidad, debiendo el Registrador a efectos de inscripción considerar esta como título previo a la disolución en el convenio regulador aprobado judicialmente. Por lo que igualmente han de decaer los demás motivos que fundamentan el primer defecto de la nota de calificación, relativos a la exigencia de escritura pública y la imposibilidad de que la atribución de ganancialidad haya de recaer exclusivamente sobre bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad de gananciales, sin que se haga preciso hacer más consideraciones. Pasando al estudio del segundo defecto, la disolución de la sociedad de gananciales queda acreditada por la sentencia de fecha 12-1-2012, si bien, como afirma el Registrador, la inscripción en el Registro civil de la sentencia de separación, nulidad o divorcio es previa a la inscripción en el Registro de la Propiedad. El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil en su apartado sexto, determina que «en las inscripciones que, en cualquier otro Registro, produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico se expresará el Registro Civil, Tomo y Folio en que consta inscrito o indicado el hecho. Se acreditarán los datos exigidos por certificación, por el libro de familia o por la nota a que se refiere el párrafo anterior, y de no acreditarse se suspenderá la inscripción por defecto subsanable».

Resolución de 8-9-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR

Conforme a los artículos 132 de la LH y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la LH que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 11-9-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

SEGURO DECENAL: ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA POR EL ADQUIRENTE DEL AUTOPROMOTOR.

Limitado el objeto de este expediente, como resulta del escrito de la recurrente, a la segunda de las objeciones a la inscripción contenidas en la nota del Registrador, la cuestión a debatir se centra en lo siguiente: construida en su día una vivienda unifamiliar para uso propio por un autopromotor y enajenada dentro del período de diez años desde su construcción, e inscrita dicha adquisición, el entonces comprador la vende ahora dentro de dicho período a un tercero que

exonera de la constitución de la garantía prevista en el artículo 19 de la Ley de ordenación de la Edificación. El Registrador suspende la inscripción porque no se acredita la constitución del seguro decenal. La Notaria recurrente entiende que dicho requisito no puede exigirse de quien no es el autopromotor por ser un tercero a la responsabilidad que el seguro está destinado a cubrir. Tratándose de una compraventa ulterior de una vivienda que fue enajenada por el autopromotor, el escrito de recurso centra su argumentación sobre la imposibilidad de que sea el ahora titular registral el que lleve a cabo la acreditación del uso propio en cuanto no obligado en ningún caso por las consecuencias del hecho constructivo. Pero como decíamos al principio no es esta la cuestión pues con independencia de cuál sea el contenido de su responsabilidad frente al ahora adquirente lo decisivo, para proceder a la modificación del contenido del Registro, es que se acredite debidamente que concurren las circunstancias que permiten el levantamiento del cierre registral previsto en el citado artículo 20 de la Ley 38/1999. Y lo cierto es que no se produce tal concurrencia pues aunque el adquirente exonera de la obligación de constituir la garantía (en términos que coinciden con las previsiones de la disposición adicional segunda de la misma Ley), no se ha acreditado que el autopromotor utilizó la vivienda. El mero hecho de que se trate de una transmisión ulterior a la realizada por el autopromotor no libera de dicha obligación dados los términos en que se pronuncia el texto legal y su finalidad protectora. Tampoco el mero hecho de que exista una inscripción en el Registro puede considerarse como justificación de que en su día se llevó tal acreditación y no solo porque dicha circunstancia no consta en el caso presente sino, sobre todo, porque con independencia de cuáles fueron las circunstancias en que aquella se produjo, el Registrador califica ahora de forma independiente y de acuerdo al contenido del Registro y a la documentación que se le presenta. En definitiva es la falta de acreditación de que concurren los requisitos que enervan el cierre registral, y no la eventual falta de responsabilidad del transmitente, la que impide en el supuesto que da lugar a este expediente acceder a la pretensión de la recurrente.

Resolución de 11-9-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro de la Propiedad de Barbastro

PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO: VÍAS PECUARIAS EN ARAGÓN.

De conformidad con la normativa aragonesa sobre vías pecuarias (*vid.* art. 13 de la Ley 10/2005, de 11 noviembre, de Vías Pecuarias de Aragón), corresponde a la administración de Aragón la defensa de sus vías pecuarias promoviendo incluso su inscripción en el Registro de la Propiedad así como la adopción de las medidas de recuperación y restablecimiento que sean procedentes (art. 16), o la realización del oportuno deslinde o su modificación incluso en perjuicio del titular registral (art. 19), pero siempre en el ámbito de un expediente administrativo en el que haya sido oído el interesado con pleno respeto a los derechos que le reconoce la Ley en defensa de su posición jurídica. En definitiva, no puede cerrarse el Registro de la Propiedad a una solicitud de inscripción cuando el supuesto de hecho es distinto del que para la aplicación de dicha medida contempla el ordenamiento y sin perjuicio de las acciones que la administración pueda llevar a cabo en ejercicio de su facultad de autotutela si considera que

su patrimonio sufre una situación antijurídica (cfr. art. 41 y siguientes de la Ley 33/2003, de 3 noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). La protección del dominio de las Administraciones Públicas en relación al Registro de la Propiedad viene regulada en nuestro ordenamiento de diversos modos sin que las previsiones legales para un supuesto concreto puedan ser de aplicación en supuestos distintos (*vid.* Resoluciones de 12 y 20-12-2013).

Resolución de 12-9-2014
(BOE 06-10-2014)
Registro de la Propiedad de Cogolludo

HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES.

Como ya ha declarado esta Dirección General, la Ley 1/2013, de 14 de mayo impone para toda hipoteca (destinada o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios), como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación. Para ello, a través de su artículo 7 da nueva redacción al artículo 682.2, número 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el mismo sentido se modifica el artículo 129 de la LH. Queda fuera de duda, por tanto, que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial en las escrituras de constitución de hipotecas, o en otras posteriores en que se pretenda incluir dichos pactos, resulta imprescindible que se le acredite al Registrador, a través de la certificación pertinente, la tasación de la finca hipotecada «realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario», y que el valor (o precio) en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al setenta y cinco por ciento del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada Ley. Asimismo, es doctrina de este Centro Directivo que dicha exigencia es aplicable a los supuestos de la constitución de una hipoteca entre particulares sin que intervenga una entidad financiera como acreedor, pues atendiendo a la legislación vigente, que no distingue entre unas y otras hipotecas, es requisito necesario con independencia de la naturaleza del acreedor hipotecario. Para poder proceder a la inscripción parcial de la escritura, con exclusión de dichas cláusulas tercera, en lo relativo al procedimiento directo de ejecución (si bien la escritura se refiere al desaparecido judicial sumario del art. 131 de la LH), y cuarta, relativa al procedimiento extrajudicial, se precisa solicitud expresa, por ser dicha estipulación delimitadora del contenido esencial del derecho real de hipoteca (cfr. arts. 19 bis y 322 de la LH). Como sucedía en el caso del defecto anterior, el artículo 693.2 es aplicable para el caso de ejecución directa sobre bienes hipotecados. Por lo que podría igualmente reclamarse la deuda sin la limitación legal contenida en dicho artículo mediante la venta extrajudicial ante Notario, si bien en este caso siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, el procedimiento de ejecución ordinaria previsto y así mismo podría el ejercitar la acción hipotecaria en declarativo ordi-

nario. Por lo que el defecto decaería mediante la solicitud expresa de inscripción parcial de la escritura, con exclusión de las cláusulas tercera y cuarta, en los términos antes dichos. Es asimismo doctrina de esta Dirección General que el Registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador. Ahora bien la declaración por el Registrador en este sentido debe estar debidamente argumentada no bastando como en este caso la mera invocación de una sentencia que además no se ajusta al supuesto de hecho de este expediente.

Resolución de 13-9-2014
(BOE 9-10-2014)
Registro de la Propiedad de Salou

COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO FRENTE A LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA EN MATERIA DE RECURSO GUBERNATIVO: STC 16-1-2014. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES FISCALES: SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Como se desprende de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 16-1-2014, el artículo 1 de la Ley 5/2009 del Parlamento de Cataluña no puede extender la competencia autonómica a la resolución de recursos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales «en ningún caso», y por tanto tampoco cuando el recurso o la calificación impugnada esté basada, además, en motivos relacionados con la infracción del Derecho civil catalán. «Tal es, en definitiva, la única interpretación adecuada a la legalidad constitucional que cabe efectuar del artículo 1 en conexión con el artículo 3.4», dice el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 16-1-2014 (fundamento jurídico tercero). En conclusión, procede mantener la actual doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre interpretación de la Ley 5/2009, de 28 de abril, en el sentido de ser competente para resolver los denominados «recursos mixtos» contra la calificación negativa de los títulos que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, mercantil o de Bienes muebles de Cataluña. Doctrina que resulta plenamente aplicable en el presente caso en el que si bien el defecto opuesto en la calificación recurrida se refiere a un requisito establecido en la Ley catalana del Derecho a la Vivienda, sin embargo, como ya se ha apuntado, lo que se plantea y debate en el presente expediente no es la procedencia en Derecho de tal defecto o causa obstativa para la inscripción, sino una cuestión previa de carácter procedimental cual es la interpretación del artículo 254 de la LH, en relación con la exigencia de que la calificación sea global y unitaria que impone el artículo 258 de la misma Ley. Cuestión eminentemente y sin ningún género de dudas sujeta a la legislación hipotecaria, y por tanto al derecho estatal, a la cual, además, se remite de forma expresa el artículo 3.1 de la reiterada Ley 5/2009 de Cataluña al señalar que «la legitimación para interponer los recursos establecidos por la presente Ley, la forma de intervención, el contenido, los plazos de presentación y la tramitación son los fijados por la LH». Caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del RH permite volver a presentar

dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el Registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. Como ha reiterado esta Dirección General, el Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Pero es que, además, incluso en el caso de que el documento hubiese sido devuelto dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, tampoco estaríamos ante una calificación parcial sucesiva, pues en el caso objeto del presente expediente la que el recurrente considera como primera calificación no es tal, sino la comunicación de la suspensión de la calificación en cumplimiento del imperativo normativo impuesto por el artículo 254 de la LH.

Resolución de 15-9-2014

(BOE 9-10-2014)

Registro de la Propiedad de La Rambla

PARTICIÓN DE HERENCIA: INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS.

En la actualidad es pacífica, en doctrina y jurisprudencia, la consideración de la legítima como una *pars bonorum* o en su caso *pars hereditatis*. Por su parte, este Centro Directivo en Resolución de 13-6-2013, así como en otras anteriores citadas en el apartado «Vistos», señala que la especial cualidad del legitimario, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1.057.1 CC).

Resolución de 16-9-2014

(BOE 9-10-2014)

Registro de la Propiedad de Cuenca

RECURSO GUBERNATIVO: DEFECTOS NO PLANTEADOS POR EL REGISTRADOR EN SU NOTA.

El Registrador en su nota tan solo predica la necesidad de la licencia que exige para la inscripción en relación con la modificación de la obra nueva (no de la constitución del régimen de propiedad horizontal), y lo hace con cita de preceptos legales y reglamentarios alusivos exclusivamente a las declaraciones de obra nueva. Es en su informe preceptivo en el que introduce la cuestión, conexas pero claramente distintas, de la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal y los preceptos legales que se refieren a la misma. Pero como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* entre otras la Resolución de 29-2-2012), 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 (cfr. arts. 326 y 327 de la LH y Resolución de 14-12-2010). Y lo mismo cabe decir en relación con el mismo defecto señalado por el Registrador sustituto en su calificación.

Resolución de 16-9-2014

(BOE 9-10-2014)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que, habiéndose presentado, con independencia de la fecha de expedición, el mandamiento ordenando la prórroga, transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de esta. Esta caducidad opera de forma automática *ipso iure*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la presentación del mandamiento que la ordena, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral.

Resolución de 17-9-2014

(BOE 9-10-2014)

Registro de la Propiedad de Jávea, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente, una vez caducado el asiento de presentación de un documento, incluso en el caso de que se hubiera calificado negativamente y dicha calificación hubiera devenido firme por no ser recurrida en plazo, ello no es obstáculo para que presentado de nuevo el título deba ser objeto de otra calificación, que puede ser idéntica o diferir de la anterior, y frente a la que cabe interponer recurso, pero en todo caso la prioridad lograda con aquella presentación inicial se habrá perdido y la que se logre con la nueva en modo alguno se sobrepondrá a la que hubiera logrado otro título presentado en el tiempo intermedio entre aquellas. Como ha puesto de relieve recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala Primera de 28-6-2013 (dictada en impugnación de la sentencia que confirmó la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6-6-2009), «no ha de apreciarse extralimitación en la actuación del Registrador que tuvo en cuenta los obstáculos nacidos del propio contenido del Registro que impedían llevar a cabo lo interesado por el juzgado que seguía la ejecución (art. 100 del RH)». Sigue afirmando el alto tribunal que la sentencia que confirmó aquella resolución no puede ser objeto de casación pues «ni se han reconocido al Registrador de la Propiedad facultades no previstas en la Ley y, en concreto, la de oponerse a dichas resoluciones judiciales. Tampoco se ha sustituido de hecho al juez predeterminado por la Ley, con indefensión de la parte recurrente, ni se ha atribuido al Registrador el conocimiento del proceso de ejecución en detrimento de las facultades de los jueces y Tribunales, como tampoco se ha admitido la interferencia de un órgano administrativo en el ámbito de competencia de los tribunales ni se han vulnerado las garantías del proceso». Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que, habiéndose presentado, con independencia de la fecha de expedición, el mandamiento ordenando la prórroga, transcurridos los cuatro años de vigencia de la anotación, se ha producido la caducidad de esta. Esta caducidad opera de forma automática *ipso iure*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no

admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la presentación del mandamiento que la ordena, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral.

Resolución de 18-9-2014
(BOE 9-10-2014)
Registro de la Propiedad de Fraga

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

Este Centro Directivo tiene declarado (*vid.* Instrucción de 5-2-1987 y Resoluciones citadas en los «Vistos»), conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, que el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, y que dicho interés se ha de justificar ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 16-6-1990 y de 7-6-2001). Este interés ha de ser un interés conocido (en el sentido de acreditado o justificado, salvo en los casos de las autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen en razón de su oficio o cargo, en cuyo caso el art. 221.2 presume dicho interés), directo (en caso contrario se ha de acreditar debidamente el encargo, sin perjuicio de la dispensa prevista en el número 3 del art. 332 del RH), y legítimo (cfr. art. 332.3 del RH). Este concepto de «interés legítimo» es más amplio que el de «interés directo», de forma que alcanza a cualquier tipo de interés lícito. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo —Sala Tercera— de 24-2-2000 aclaró que dicha exigencia reglamentaria de interés legítimo «aparece amparada por el artículo 222.7 de la LH que se refiere expresamente a los «fines lícitos» que se proponga quien solicite la información registral, fines lícitos que implican un interés legítimo en cuanto no contrario a derecho». Pero el Registrador, como ha señalado la reciente Resolución de 30-5-2014, en el ámbito de su calificación, para considerar justificado ese interés no solo debe apreciar la literalidad de la causa aducida, sino también su congruencia con el resto de datos que se le proporcionen al requerir la información, de forma que la mera mención de un motivo, aun cuando sea de los considerados ajustados a la finalidad registral, aisladamente considerado no podrá dar lugar a la inmediata obtención de la nota simple o certificación solicitada, sino que será el análisis conjunto de todas las circunstancias que consten en la solicitud, el que determinará tanto la apreciación del interés alegado como la extensión de los datos que, a su juicio y bajo su responsabilidad, facilite el Registrador al peticionario de la información. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes». Por lo tanto, aun existiendo interés legítimo en el conocimiento del contenido de los libros

del Registro, será el Registrador el que decida qué datos, por tener la consideración de sensibles conforme a lo anteriormente expuesto, deberán quedar excluidos de la información suministrada. Es evidente que si el solicitante es el propio titular, no puede cuestionarse que pueda tener conocimiento de cualquier asiento que conste extendido en el historial del inmueble. Únicamente cabría plantearse si pueden facilitarse datos sensibles de anteriores titulares o en caso de cotitularidad los asientos, como sucede en este supuesto, de los restantes condueños, extendidos en asientos relativos exclusivamente a los derechos de estos y que no afecten al interés del titular que reclama la información, siendo preciso analizar las circunstancias del caso concreto y la naturaleza de los datos salvaguardables.

Resolución de 27-9-2014

(BOE 27-10-2014)

Registro de la Propiedad de Cieza, número 1

REPRESENTACIÓN: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001. DERECHO DE OPCIÓN: EJERCICIO Y CONSIGNACIÓN.

La primera cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si al objeto de acreditar las facultades representativas, es suficiente hacerlo en relación a una certificación emitida por el Registrador Mercantil o si, por el contrario, es requisito imprescindible que el Notario manifieste que ha tenido a la vista copia autorizada de la escritura de nombramiento y aceptación de administrador. Ciertamente la certificación del Registro Mercantil sería título acreditativo de las facultades representativas, si aquella certificación fuera posterior al otorgamiento de la escritura de ejercicio unilateral de la opción de compra, de forma que se acreditara que en el momento del otorgamiento del negocio estuviera inscrito el cargo de administrador. Es decir la reseña de las facultades representativas debe estimarse suficiente (en virtud del juego de la presunción de exactitud y validez del contenido de los asientos registrales —cfr. art. 20 del Código de Comercio—) cuando queden acreditados los datos de dicha inscripción mediante el acompañamiento a la escritura calificada de la certificación registral correspondiente de fecha posterior al otorgamiento de aquella. No obstante, conviene recordar que este Centro Directivo ha venido señalando (cfr. Resolución de 3-7-2013) «que el Registrador no se puede limitar a los medios de calificación que consistan en los documentos presentados y en los asientos de la propia finca de que se trata, sino que, atendiendo a una interpretación conforme a la realidad social y a la finalidad y principios del propio Registro, debe acudir a otras fuentes oficiales de información, como son el Registro mercantil, el libro de incapacitados según el índice general informatizado y otros Registros que no sean de carácter reservado y sean accesibles, por lo que podría haber obtenido dicha información del Registro Mercantil». El párrafo segundo, del apartado sexto del artículo 175 del RH determina que «en consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley, la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas se verificará con sujeción a las reglas siguientes: (...) Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de estos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación» (en un establecimiento bancario o caja oficial el valor de los bienes

o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto). Pretende el recurrente, de manera unilateral, imputar al pago del ejercicio del derecho de opción dos pagarés endosados al concedente con fecha, según recibo privado, de 28-9-2011, y en base a dicha imputación no realizar consignación alguna, por haberse realizado dicho pago con anterioridad a la constitución de la hipoteca. No obstante resultar extraño que el pago por el ejercicio del derecho de opción se verifique con anterioridad no ya a su ejercicio (escritura de 20-3-2014), sino incluso a la fecha de constitución del mismo derecho de opción (escritura del derecho de opción de 30-9-2011) —lo cual podría plantear dudas respecto a la causa del contrato de opción—, debe entenderse que dichos hipotéticos pagos, que además no quedan indubitadamente justificados, ni acreditado que lo fueran en pago del ejercicio del derecho de opción y no a otra posible obligación existente frente al concedente, no pueden ser oponibles a tercero, como se deduce del artículo 32 de la LH, para lo cual hubiera sido necesario su adecuado reflejo registral, cumpliendo los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria.

Resolución de 29-9-2014

(BOE 27-10-2014)

Registro de la Propiedad de Córdoba, número 7

HIPOTECA: CLÁUSULA MANUSCRITA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 1/2013.

El párrafo 2 del artículo 6 de la Ley 1/2013 establece que «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 construidos o por construir». Por lo tanto ha de decidirse si la interpretación literal de la norma al referirse al «prestatario persona física» excluye al «hipotecante no deudor persona física», como considera el notario autorizante y recurrente o, si por el contrario, la interpretación lógica y sistemática del precepto obliga a extender la obligatoriedad de expresión manuscrita a los hipotecantes no deudores, personas físicas, como estima el Registrador. El hipotecante no deudor queda afectado directamente por la limitación a la variabilidad de los intereses y por el hecho de constituir el bien hipotecado su vivienda habitual. De ahí las previsiones que establecen las cláusulas décima y undécima del título calificado, en relación a la posible ejecución futura de la vivienda, estableciendo cautelas y limitaciones respecto de los intereses de demora que estableció la Ley 1/2013 al dar nueva redacción a los artículos 114.3, 575 bis, 579 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta interpretación extensiva es coherente además con la función informadora exhaustiva que corresponde al Notario en la autorización de estos préstamos (arts. 17 bis de la Ley del Notariado y 147 de su Reglamento). Por ello se debe procurar una interpretación de las normas *pro consumatore*, que impide la interpretación literal, como pretende el recurrente, sino que, contrariamente, ha de favorecer la información y por ende la protección del usuario de servicios financieros (aunque no aplicable a los préstamos hipotecarios, cfr. artículos 5 y 16 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo que traspone la directiva 2008/48/CE).

Resolución de 29-9-2014

(BOE 27-10-2014)

Registro de la Propiedad de Almería, número 3

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Se debate en el presente recurso si es inscribible un testimonio de sentencia dictada en procedimiento de divorcio que aprueba el convenio regulador aportado a los Autos, en el que se contiene en su apartado sexto —división, liquidación y adjudicación de bienes proindiviso— la liquidación de la vivienda familiar adquirida por los cónyuges con carácter previo a la celebración del matrimonio y sin que ulteriormente se le hubiera conferido carácter ganancial. Hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común. Y en este sentido resulta indubitado que el contenido del convenio regulador debe hacer necesariamente referencia, entre otras cuestiones, a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial (arts. 90 del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil citados en los «Vistos»). Por este motivo, el propio Código restringe la actuación del juez, a falta de acuerdo, a las medidas anteriores (art. 91), como restringe también la adopción de medidas cautelares al patrimonio común y a los bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas familiares (art. 103). En este punto es particularmente relevante el dato de tratarse de la vivienda familiar, lo que permite considerar la existencia, junto a la causa onerosa que resulta del convenio, (acuerdo de división, asunción del préstamo hipotecario que pesa sobre la finca y compensación del saldo acreedor resultante de la liquidación de los bienes gananciales), de una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial.

Resolución de 30-9-2014

(BOE 27-10-2014)

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 5

QUIEBRA: ALCANCE DE LA INEFICACIA PREVISTA POR EL ARTÍCULO 878 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA LOS ACTOS REALIZADOS DURANTE EL PERIODO DE RETROACCIÓN.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si constando inscrita la declaración de quiebra de la sociedad transmitente, es inscribible una escritura de compraventa otorgada con anterioridad al Auto de declaración de quiebra, pero durante el periodo de retroacción de la misma, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 878.II del Código de Comercio derogado por el apartado 3.º del número 3 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. La STS 1.630/2014, de 9 de abril, ha plasmado definitivamente la posición del Alto Tribunal en relación con la interpretación del 878 del Código de Comercio, dejando claro que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de que la ineficacia a que alude este artículo responde a la categoría jurídica de la rescisión cuyo fundamento último se encuentra en el agravio jurídico patrimonial esto es en el perjuicio. Lo que se acomoda mejor al artículo 1.366 LEC

1881 que al legitimar a los síndicos «para pedirla retroacción de los actos que en perjuicio de la quiebra haya hecho el quebrado en tiempo inhábil» presupone que la ineficacia de los actos realizados en periodo de retroacción afecta solo a aquellos que sean perjudiciales para la masa. De este modo procede interpretar conjuntamente ambos preceptos (art. 878 II C.Com. y art. 1.366 LEC 1881) y considerar ineficaces solo los actos comprendidos en el periodo de retroacción que ocasionen un perjuicio para la masa de la quiebra. Calificada por tanto por la más reciente jurisprudencia la ineficacia del derogado artículo 878.II del Código de Comercio como un supuesto de rescisión y no de nulidad, nada impide que pueda practicarse la inscripción de la transmisión objeto del presente recurso. Ahora bien, constando inscrito con anterioridad, el Auto firme de declaración de la quiebra de la transmitente y la retroacción de sus efectos al periodo comprendido de la transmisión, queda por determinar si procede o no la cancelación de la inscripción de la quiebra. Consecuentemente con lo manifestado en esta STS de 8-4-2014, el Registro de la Propiedad seguirá publicando la existencia de una posible causa de rescisión que sea oponible a tercero conforme a lo dispuesto en los artículos 34 y 37.1.º de la LH. Será preciso, por lo tanto, que por el juzgado que conozca la quiebra se expida, en el caso de que el proceso de quiebra haya concluido sin haberse ejercido esta especial acción de rescisión del artículo 878.II del Código de Comercio, el correspondiente mandamiento cancelatorio, lo cual es coincidente con la doctrina mantenida por esta Dirección General desde su Resolución de 8-11-1990.

Resolución de 30-9-2014

(BOE 27-10-2014)

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 1

HIPOTECA: NOVACIÓN Y VALOR DE TASACIÓN PARA SUBASTA.

Para la tramitación del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados es necesario que los interesados fijen en la escritura de constitución de la hipoteca el precio en que tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta (art. 682.2, núm. 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca el procedimiento de ejecución hipotecaria se desarrolla sobre la base de los pronunciamientos registrales. Por ello el tipo para subasta no solo se hace constar en la escritura de constitución de la hipoteca, sino también en la propia inscripción causada por aquella (art. 130 de la LH). La Ley 1/2013, de 14 de mayo impone ahora para toda hipoteca (destinada o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios), como requisito legal para poder ejercitar la acción real hipotecaria por la vía del procedimiento de ejecución directa o de la venta extrajudicial, la doble condición de que la finca haya sido previamente tasada conforme a la Ley reguladora del mercado hipotecario y que el valor de tasación a los efectos de la subasta no sea inferior al setenta y cinco por ciento de la realizada conforme a la citada legislación. A la vista de las anteriores consideraciones, se plantea la cuestión de si la exigencia de certificación de tasación de la finca es aplicable a los supuestos de novación y ampliación de la hipoteca existente por incremento de la cuantía del préstamo. Y la contestación, atendiendo a la legislación vigente, tiene que ser necesariamente negativa. Ello naturalmente siempre que, con motivo de esos otros actos, no se modifique expresamente el valor de tasación contenido en la escritura de

constitución, pues en tal caso, la modificación de la escritura de constitución en ese aspecto concreto determinaría que fuese necesario que se acompañase el certificado de tasación, pues entonces se estaría modificando expresamente uno de los elementos previstos en la escritura de constitución, que requeriría en tal caso que se cumplieran los requisitos relativos al valor de subasta cuando este se modifica. Y lo mismo cabe decir en el supuesto de que el pacto de ejecución judicial directa o extrajudicial no figurase en la escritura de constitución inicial y se integrase en la configuración del derecho real de hipoteca con ocasión de una novación o ampliación posterior, pues en tales supuestos el derecho al ejercicio de la acción hipotecaria por las vías judicial o extrajudicial previstas en el artículo 129 de la LH, surge en un momento ya posterior a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, por tanto, sujeta a sus requisitos específicos. La doctrina de este Centro Directivo no equipara a todos los efectos legales la ampliación de responsabilidad hipotecaria con la constitución de una segunda hipoteca, equiparación que se ha realizado a efectos del rango o preferencia de la ampliación cuando existan acreedores o titulares intermedios. Pero sin haber llegado a extender dicha equiparación respecto a los requisitos de la ejecución procesal, pues la diferencia entre ambos supuestos es muy clara y determina igualmente que no pueda aplicarse a la ampliación la normativa de la constitución en este aspecto relativo a la tasación para subasta, pues daría lugar a consecuencias ilógicas, especialmente en un supuesto como el presente en que por voluntad de las partes, a la vista de los términos concretos en que se ha pactado la novación, que ha dado como resultado el establecimiento de un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, lo que lleva, de la mano del principio de accesoriedad, a admitir que la hipoteca, en tanto que derecho real que atribuye a su titular el *ius distrahendi* o derecho a provocar la enajenación forzosa sobre la cosa dada en garantía, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, procesalmente actuará, en vía de principios, de forma unitaria, lo que implica una tasación igualmente única (pues no puede coexistir simultáneamente y para una única ejecución y una misma subasta dos tasaciones o tipos de subastas distintos, la inicialmente fijada en la escritura de constitución y la posteriormente resultante de la tasación realizada conforme a la legislación del mercado hipotecario y con ocasión de la ampliación).

Resolución de 1-10-2014

(BOE 30-10-2014)

Registro de la Propiedad de Rivas-Vaciamadrid

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SUCESIÓN PROCESAL.

Para resolver la cuestión debe partirse de que por medio de la anotación preventiva de embargo, lo que accede al Registro no es el crédito que motivó el embargo, sino el embargo mismo, la medida cautelar y tiene por objeto preservar el buen fin de la ejecución, impidiendo que adquirentes posteriores al embargo puedan hallarse protegidos por la fe pública registral cuando la adjudicación se realice (cfr. Resolución de 11-9-2006). Por ello, corresponde al juez apreciar la sucesión procesal del demandante (art. 540 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que no debe haber obstáculo para practicar la prórroga de la anotación de embargo, ni para la expedición de la certificación de dominio y cargas del

artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni para la inscripción del resultado del procedimiento de ejecución aunque la adjudicación se verifique a favor del cesionario, sin necesidad de asiento previo a favor de este, a modo de tracto sucesivo, por cuanto, como ha quedado expresado, lo que accede al Registro es la medida cautelar ordenada en el proceso de ejecución. Todo ello se entiende sin perjuicio de que la sucesión procesal en la posición de anotante, apreciada judicialmente y resultante del mandamiento, pueda ser objeto de nota marginal en la anotación de embargo, pues dicha nota puede tener la consecuencia, en la hipótesis de ejecución de una carga con rango preferente, de precisar la comunicación en la expedición de certificación de cargas y gravámenes al nuevo titular de la anotación.

Resolución de 1-10-2014
(BOE 30-10-2014)
Registro de la Propiedad de Torrox

DOCUMENTOS JUDICIALES: SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA.

Como ha reiterado este Centro Directivo, uno de los extremos susceptibles de calificación en relación con las Resoluciones judiciales es precisamente el requisito de su firmeza y ejecutabilidad. Cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde.

Resolución de 2-10-2014
(BOE 30-10-2014)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR LOS HEREDEROS.

De acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo (cfr. las Sentencias y las Resoluciones citadas en los «vistos» de la presente), los herederos mayores de edad que tengan la libre administración de sus bienes y capaces pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente —cfr. artículo 1.058 del Código Civil—, por lo que en principio no se advierte obstáculo alguno para que los otorgantes, mayores de edad y capaces, puedan transmitirse recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (cfr. arts. 609, 618 y siguientes, 1.255 y 1.261 a 1.263 del Código Civil). En el presente caso los herederos que tienen dichas cualidades exteriorizan debidamente el completo negocio celebrado que justifica jurídicamente el resultado perseguido respecto del exceso de adjudicación existente, con fijación de los derechos respectivos de los partícipes en la propia adjudicación, sin que deban realizarse pago de ninguna compensación, y con expresión de todos los elementos negociales que deben ser objeto de calificación registral. Concretamente, la causa está expresada en la escritura calificada, al detallar que aun cuando exista un exceso de adjudicación han convenido que el adjudicatario no tenga que realizar compensación alguna por ello, lo que hace gratuita dicha adjudicación excedentaria (cfr. el art. 1.274 del código civil, según el cual la causa en este caso es la mera liberalidad de los bienhechores).

Resolución de 2-10-2014
(BOE 30-10-2014)
Registro de la Propiedad de Escalona

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Consta pues en los asientos registrales, bajo la salvaguarda de los Tribunales, una identificación de la finca cuyo tracto se pretende reanudar que es incompatible con la expresada en el auto calificado. Esta observación, que ahora se pone de manifiesto en relación con la identidad de la finca inscrita, no pudo hacerse al tiempo de la expedición de la referida certificación, porque, como se ha señalado, deriva de los datos identificativos que aparecen en un asiento practicado con posterioridad sobre la finca matriz. Al objeto de prevenir esta situación se pudo solicitar anotación preventiva de haberse incoado el procedimiento de reanudación de tracto sucesivo (art. 283 del RH) y sin embargo no se realizó actuación alguna en este sentido (véase Resolución de 11-7-2009).

Resolución de 2-10-2014
(BOE 30-10-2014)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 6

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: CALIFICACIÓN DE LOS TRÁMITES ESENCIALES.

Por imponerlo así el artículo 99 del RH, la calificación registral de los documentos administrativos se ha de extender entre otros extremos, «a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento» y «a la relación de este con el titular registral». Entre estos trámites esenciales que son objeto de calificación registral, como se ha dicho, figuran todos aquellos que, dentro del procedimiento correspondiente, van dirigidos a que los titulares afectados puedan tener en el mismo la intervención prevista por las Leyes para evitar su indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española). En el procedimiento de apremio se exigen una serie de notificaciones de actos y resoluciones que confieren, cada uno de ellos, específicos derechos de defensa para la persona contra la que se dirige el procedimiento. De ahí la necesaria calificación de tales extremos a fin de evitar la indefensión del interesado (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 20 de la LH). La doctrina del Tribunal Constitucional impide restringir el concepto de trámites esenciales del procedimiento de apremio, a los efectos de la interpretación que al mismo se le ha de dar en el contexto del artículo 99 del RH, a la providencia de apremio y a la diligencia de embargo, debiendo ampliarse a aquellos otros frente a los que el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social atribuye específicos derechos de defensa. A la suma de los argumentos ya expresados, se une la propia dicción literal del artículo 122.2 que remite como requisitos que deben figurar en el certificado «todas aquellas circunstancias que, en su caso, sean precisas para su inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria»; y dentro de estas circunstancias están, sin duda, aquellas que afecten a los trámites esenciales del procedimiento entre los que se encuentran los reseñados por el Registrador en su nota de calificación, esto es, la notificación al deudor de la valoración del bien a efectos de determinar el tipo para la subasta, puesto que el artículo 110.2 del

Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social concede al deudor el derecho de presentar frente a tal valoración otra contradictoria, y la notificación al mismo deudor, y a su cónyuge, del acuerdo de enajenación de los bienes, o providencia de subasta, conforme a lo previsto en el artículo 116.2 del mismo Reglamento, pues en dicha notificación se ha de hacer constar, según ordena el párrafo final del citado precepto, el derecho del deudor de liberar el bien pagando la totalidad de la deuda perseguida, incluidos el recargo, intereses y las costas del procedimiento, además de determinar el plazo para la presentación de las ofertas.

Resolución de 2-10-2014

(BOE 30-10-2014)

Registro de la Propiedad de Plasencia

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

En el supuesto de hecho del presente recurso, no puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando los promotores del expediente son los compradores de la viuda del titular registral quien actúa según el propio contrato «...con el más amplio y total consentimiento y acuerdo de sus hijos A. y R.G.G...», quienes además son firmantes del documento, y todos ellos resultan ser los únicos herederos del titular registral según la protocolización notarial del cuaderno particional, otorgada por los citados señores, a que hace referencia el auto calificado. De forma que, si bien es cierto que el artículo 40.a) de la LH parece presuponer que hay interrupción cuando al menos «alguna» relación jurídica inmobiliaria no tiene acceso al Registro, no lo es menos, que en otros lugares de la propia legislación hipotecaria, se reconoce la posibilidad de inscripción directa a favor del adquirente de los bienes cuando la enajenación ha sido otorgada por los herederos del titular registral (cfr. arts. 20 de la LH y 209 del RH), por lo tanto en este caso bastaría la elevación a público del citado contrato privado de compraventa. tampoco se aprecia a priori, ni se ha invocado por los recurrentes, la existencia de extraordinaria dificultad para otorgar la citada documentación, dado que todos los interesados, como herederos del titular registral o como adquirentes posteriores, aparecen en el expediente, ya sea notificados ya como promotores del mismo, con constancia de sus circunstancias personales.

Resolución de 2-10-2014

(BOE 30-10-2014)

Registro de la Propiedad de Cangas de Narcea.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: OBLIGACIÓN DEL REGISTRADOR.

La cuestión que se plantea en el presente recurso es la de determinar si es correcta la negativa registral a calificar un documento presentado como título único bajo un determinado asiento de presentación —en este caso el testimonio de una sentencia—, so pretexto de que ese mismo documento ya fue aportado como documento complementario de otros documentos notariales que anteriormente provocaron ya una nota de calificación negativa en otro procedimiento registral derivado de un asiento de presentación anterior, hoy ya no vigente. por

todo ello, como también ocurrió en el caso abordado en la Resolución de este Centro Directivo de 5-3-2014, «no nos encontramos ante un recurso contra la calificación del Registrador, sino ante una queja por su forma de proceder al ejercer la función calificadora», o, más propiamente en este caso, una queja por la negativa a calificar.

Resoluciones de 3-10-2014

(BOE 31-10-2014)

Registros de la Propiedad de Rubí, número 1 y Tarrasa, número 1

HIPOTECA: CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Partiendo de una interpretación sistemática del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, teniendo en cuenta las recientes Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de este Centro Directivo, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, tal como resulta de las propias Sentencias y de las Resoluciones de este Centro Directivo. También conviene incidir en el carácter que tiene la calificación negativa por razón de invalidez de la cláusula, pues con ella de lo que se trata no es de hacer una declaración de nulidad que corresponde a los tribunales, sino que, conforme resulta del artículo 101.1.º del RH en relación con el artículo 18.1.º de la LH, «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento». A lo cual se puede añadir actualmente, la facultad de interponer no solo recurso gubernativo sino recurso judicial directo conforme a los artículos 66 y 328 de la LH la calificación registral puede versar sobre la validez de las cláusulas, en los términos señalados por la sentencia de 13-9-2013, o sobre la no inscribibilidad de las cláusulas, por no cumplirse los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, a la que se refiere la sentencia de 16-3-2009. La sentencia de 27-5-2009 deja claro que la naturaleza misma del derecho limitativo del dominio «excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad»; que la inscripción en el Registro de la Propiedad se produce «cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales»; que en el caso allí planteado, ni la incorporación al título ni su posterior inscripción habían «conformado de manera adecuada un derecho que no ha llegado en términos tales de poder identificar hasta qué extremo se extiende». Es misión principal del Registro de la Propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento (art. 130 de la Ley). Solo deberían por ello tener transcendencia registral en materia de hipotecas y por tanto hacerse constar en el asiento, si son conformes a Ley, las estipulaciones que fijan las circunstancias de que pende el ejercicio

de la acción real hipotecaria —como el plazo o las causas de vencimiento anticipado—; las cláusulas, financieras o no, que fijan el contenido susceptible de reclamación hipotecaria; las cuantías que puede alcanzar esta por los distintos conceptos asegurados (junto con las fórmulas y procedimientos articulados para proceder a su determinación); y, finalmente, los pactos que cumplen con aquellos requisitos de carácter imperativo que condicionan su admisibilidad procesal, o determinan los procedimientos por los que puede dársele curso, así como las circunstancias y trámites de cada uno de estos que, siendo posible según Ley, sean objeto de disposición por las partes. Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente (*vid.* por todas la Resolución de 13-9-2013), la jurisprudencia de la corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho —en este supuesto y en los demás— actúa *ope legis* o por ministerio de la Ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el Registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de condiciones generales de la contratación, pues, al margen de otras consideraciones (el art. 258.2 de la LH no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el art. 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo), tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las directivas europeas en materia de consumidores. Como ha destacado la doctrina hipotecarista, para saber si un pacto tiene o no transcendencia real, hay que atender a si condiciona o no de algún modo la acción hipotecaria. En la medida en que el pacto de vencimiento anticipado habilite el ejercicio de la acción hipotecaria tiene transcendencia real. Si el plazo de duración de la obligación garantizada tiene transcendencia real (y así es sin duda pues es un dato que ha de reflejar la inscripción según el párrafo 1.º del art. 12 de la LH) y, a su vez, el vencimiento anticipado decide inevitablemente la duración de la obligación garantizada posibilitando el ejercicio de la acción hipotecaria, es evidente que tales cláusulas tienen transcendencia real. De las características descritas en el anterior fundamento jurídico 1 se desprende que lo pretendido por los contratantes es la configuración de una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca que si bien sujeta a un criterio de distribución de cuotas, presenta una dimensión colectiva por razón de su destino unitario, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras mediante la correspondiente novación de los contratos primitivos. Se estipula de este modo un destino unitario en cuanto a ejecución y cancelación para lo que se establece un régimen de actuación colectiva, que requiere del acuerdo de todos los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos. En este sentido, el acuerdo de refinanciación no es el mero reflejo de una pluralidad de obligaciones independientes, sino que, como sucedía en el caso de la Resolución de 8-6-2011, constituye un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Cuando se acuerda la sindicación de los distintos créditos se produce una orga-

nización jurídica de las titularidades del conjunto de los acreedores que, aun conservando su individualidad, les dota de una dimensión colectiva. Así, si bien generalmente se considera que cada una de las entidades acreedoras es titular de créditos distintos o separados, sin embargo en virtud de la sindicación pierden las facultades de ejercicio singular de los mismos, es decir, pierden su independencia funcional. En tales situaciones no hay solidaridad activa entre los acreedores (cfr. arts. 1.137 *in fine* y 1.141 CC), pero se canaliza el poder de actuación en uno solo de los acreedores en calidad de «agente» de la operación, no ya por razón del contenido intrínseco de su derecho de crédito, sino en virtud de un mandato representativo (que puede ser revocable o irrevocable), como instrumento necesario para el desenvolvimiento de la operación subyacente de sindicación de los distintos créditos. Este Centro Directivo ha afirmado en su Resolución de 8-6-2011 que el hecho de que el artículo 1.129 del Código Civil tenga carácter dispositivo «no significa que el incumplimiento de cualquier obligación pueda determinar el vencimiento de la obligación principal. El fundamento de derecho vigésimo de la sentencia de 12-12-2009 establece que es desproporcionada aquella cláusula que atribuye carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse en cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. Y es doctrina legal reiterada (*vid.* sentencias de 9-3-2001, y 4-7 y 12-12-2008), que solo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes». En la misma Resolución de 8-6-2011 se condensan algunos de los criterios que más comúnmente, con arreglo a la jurisprudencia y a las resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* «vistos»), pueden cuestionar la admisibilidad y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, en función de su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor; o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, o la falta de previsión de la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, o la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Criterios a los que debe añadirse también el de la concreción suficiente de las causas resolutorias, que es requisito esencial de los derechos reales conforme al principio de determinación. En efecto, la circunstancia prevista como desencadenante del vencimiento anticipado, y por tanto habilitadora del ejercicio de la acción hipotecaria por parte de los acreedores, carece de la necesaria concreción y objetividad al venir referida a un «cambio significativamente adverso en la situación financiera de cualquiera de las obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa que pudiera deteriorar gravemente su capacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas del presente contrato o de los restantes contratos de financiación», lo que implica dejar el contrato, en cuanto a su plazo, al arbitrio del titular de la hipoteca, en contra de lo previsto por el artículo 1.256 del Código Civil. Y es que al supuesto contemplado en la Resolución de 8-6-2011 de despacho de mandamiento de embargo, incluso aunque lo sea contra la finca hipotecada y no otra distinta del patrimonio del deudor, han de asimilarse las cláusulas de

vencimiento que determinen como causa del mismo la disminución del patrimonio del deudor, el riesgo de insolvencia, el impago de obligaciones ajenas al contrato, y ello no solo porque tales circunstancias, en tanto que reflejo de un posible riesgo de insolvencia del deudor, no disminuyen la garantía real y la preferencia de la hipoteca, sino porque de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico resulta con evidencia tal conclusión, pues la Ley no es que excluya el riesgo de insolvencia del deudor como causa de vencimiento anticipado de las obligaciones a término, sino que excluye precisa y expresamente como causa de tal resolución anticipada la misma insolvencia del deudor, no meramente potencial o eventual, sino efectiva, constatada y existente, al disponer el artículo 61.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal de forma expresa, imperativa y clara que «Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (*vid.* Resolución de 8-6-2011). Siendo ello así, la confirmación de la calificación del Registrador debe extenderse igualmente y por sus propios fundamentos a la suspensión de la letra b) de la estipulación 8.10 de la escritura de constitución de hipoteca, en el que se establece como causa de vencimiento anticipado el hecho de que «el patrimonio de la acreditada y/o de los hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado». En lo que no cabe confirmar la calificación del Registrador, en los términos en que se ha formulado, es en el extremo en que afirma la falta de transcendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado, pues como se afirmó *supra* dichas cláusulas sí tienen dicha transcendencia y eficacia *erga omnes* en la medida en que se inscriban. Lo dicho anteriormente resulta aplicable igualmente a la letra h) de la cláusula 15 del contrato sindicado que establece como causa de vencimiento anticipado la circunstancia de que «se produjese un cambio material adverso», cuya inscripción debe rechazarse por los mismos motivos antes expresados (*vid.* Resolución de 8-6-2011, que excluye su inscripción de modo expreso en su fundamento jurídico 10), y también a la letra l) de la misma cláusula, referida a obligaciones de pago a favor de terceros en virtud de resolución judicial o laudo arbitral, impago de obligaciones corrientes a acreedores distintos de los titulares de la hipoteca o embargo de bienes de cualquiera de los obligados, dando aquí por reproducidas las consideraciones anteriores. En relación con la letra i) de la cláusula 15 del contrato de crédito sindicado, que establece que «si cualquiera de las obligadas u otra sociedad del Grupo Copcisa cesase en su actividad empresarial o acordase su disolución o liquidación, salvo que se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los contratos de financiación o autorizadas oportunamente conforme a la cláusula 3.4.», ha sido calificado negativamente en la nota recurrida por los mismos motivos examinados en relación con las letras e) y h). No obstante, esta causa de vencimiento anticipado tiene justificación si se relaciona con la especialidad del acuerdo de reestructuración regulado actualmente en el artículo 71.bis de la Ley Concursal vigente y en el anterior apartado 6 del artículo 71 de la misma, que en este punto son coincidentes, y que prevén que no sean rescindibles las garantías constituidas en ejecución de los acuerdos de refinanciación, cuando según su letra a), «en virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo» y con los demás requisitos que expre-

sa el precepto. La cesación de la actividad profesional así como la disolución y liquidación son actos que afectan de modo directo «al plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo», a que se refiere dicho precepto, lo que justifica que las entidades acreedoras tengan interés legítimo en que dichos actos del deudor se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los contratos de financiación o autorizadas oportunamente conforme a la cláusula 3.4.», tal como se pacta en la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que dicha causa es inscribible, revocándose en este concreto punto la calificación del Registrador. Se recurre a continuación la suspensión de los apartados b), f) y o) de la cláusula 15 del crédito sindicado. Dichos apartados responden al siguiente tenor: (b) si cualquiera de las obligadas incumpliera cualquier obligación (distinta a la obligación de pago asumida por la acreditada) de este contrato»; (f) «si cualesquiera de las obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa incumpliera (i) una obligación de pago ajena a los contratos de financiación por importe superior a los 300.000 euros, salvo que se estén llevando a cabo como demandante acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago; o (ii) incumpliera una o varias obligaciones de paso por un importe cumulativo superior a 2.000.000 de euros, con independencia de que se estén llevando a cabo o no acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago de que se trate. quedan excepcionadas aquellas obligaciones cuyo incumplimiento no llevara aparejado recurso frente a la acreditada, las garantías personales bajo el contrato marco o las obligadas que sean deudoras de obligaciones pecuniarias bajo cualquier contrato de financiación»; (o) «si se produjera algún incumplimiento de las obligaciones asumidas por cualesquiera de las sociedades del Grupo Copcisa en cualesquiera de los restantes contratos de financiación (excepto en los nuevos contratos bilaterales) o se produjera cualquier supuesto que pudiera dar lugar a la declaración de vencimiento anticipado de cualquiera de los restantes contratos de financiación (excepto en los nuevos contratos bilaterales) o de cualquier contrato relevante del que sean parte o en el que se hayan subrogado cualesquiera de las obligadas». En los tres casos el fundamento jurídico de la calificación suspensiva es el mismo, en particular se suspende su inscripción «por cuanto se refieren al cumplimiento de obligaciones distintas de las garantizadas por la hipoteca que no pueden producir el vencimiento anticipado de esta, dado que, por el principio de accesoriedad, la hipoteca es accesoría de las obligaciones por ella garantizada (art. 1857 CC)». Constatado que las obligaciones referidas en estos apartados de la citada cláusula se refieren a obligaciones ajenas a las garantizadas por la hipoteca, no cabe sino desestimar el recurso también en relación con los mismos. Igualmente se suspende la inscripción de los pactos contenidos en las letras c), g) y k) de la cláusula 15, suspensión que se basa en que tales apartados «se refieren a circunstancias que no pueden tener trascendencia real ni afectar a terceros (arts. 1, 9, 12, 98 de la LH y arts. 51, 353 del RH)». Dichos apartados, en concreto, se refieren a lo siguiente: (c) «Si cualquiera de las declaraciones formales realizadas por las obligadas en este contrato (incluidas las declaraciones y garantías) o en los restantes contratos de financiación (excepto en los nuevos Contratos bilaterales), ya sean referidas a la fecha en la que se realizaron o al momento en que dichas declaraciones se consideren repetidas, fuera falsa, incorrecta. inexacta, (salvo que la falta de veracidad o exactitud no fuera sustancial) u omitiera información de carácter sustancial»; (g) «si, en cualquier momento durante la vigencia del presente contrato, el Sr. D.B.C.M. dejará de ser el titular último del 100% del

Grupo Copcisa, salvo transmisión de su participación a descendientes en primer grado de consanguinidad en línea recta, o sociedades íntegramente participadas por este o estos, siempre y cuando además este/os adquirente/s se subrogase/n íntegramente en la posición jurídica del Sr. D.B.C.M. en el contrato entre socios»; (k) «si se comprobare la falsedad de los datos y documentos aportados por o por cuenta de las obligadas que hayan servido de base a la concesión del crédito de manera que de no haber existido dicha falsedad las obligadas no hubieran accedido a otorgar el crédito sindicado original o la novación del crédito sindicado original dando lugar a este contrato». Las causas de vencimiento anticipado contenidas en los apartados citados anteriormente han sido consideradas como no inscribibles por el Registrador por considerarlas carentes de trascendencia real. En la calificación no se cuestiona de forma directa y expresa su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, ni la necesidad de prever o no la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, ni la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Por ello, el defecto tal y como está formulado (basado en una alegación general a la falta de trascendencia real de tales cláusulas) no puede ser confirmado. El Registrador en su preceptivo informe afirma que dichas cláusulas no pueden adquirir trascendencia real mediante su inscripción en el Registro por cuanto «configuran como causa de vencimiento anticipado de la hipoteca la falsedad, incorrección, inexactitud u ocultación de información respecto de datos, documentos o declaraciones indeterminados y referidas no solo al crédito garantizado, sino a otros distintos, por lo que hay que repetir todo lo que se ha dicho más arriba, respecto del principio de accesoriedad de la hipoteca (art. 1.857 CC) y la indeterminación que deja al arbitrio de una de las partes el plazo del contrato (art. 1.256 CC)». Por tanto, en los concretos términos en que se ha formulado el defecto, no puede ser confirmado. No sucede lo mismo en el caso del supuesto previsto en la letra k) que pretende vincular el vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con una modificación en la composición accionarial de las sociedades del «Grupo Copcisa», que evidentemente no debe adquirir eficacia frente a terceros por tratarse de una circunstancia completamente ajena a la hipoteca y al Registro, además de tratarse de una previsión que puede considerarse contraria a los principios de libertad de empresa, contratación y tráfico mercantil directamente relacionados con el principio de libertad de contratación que preside el artículo 38 de la Constitución, debiendo confirmarse, pues, en este extremo la calificación. En cuanto a la letra n) de la cláusula 15 del contrato de crédito sindicado, establece como causa de vencimiento la siguiente: «Si no se emitiera opinión sobre los estados financieros de cualquiera de las obligadas por un auditor, cuando estas estuviesen obligadas a su nombramiento de conformidad con la normativa vigente, o si se hubiera emitido con salvedades de carácter relevante a juicio de las acreditantes, o si no se emitieran las certificaciones individuales y consolidadas sobre cálculo de los ratios financieros exigidas, conforme a la cláusula 13, o si no fueran entregadas a las acreditantes dentro de los plazos fijados para ello en este contrato». En este caso, la nota de calificación, recurrida *in totum*, no suspende la inscripción de la cláusula en su totalidad,

sino únicamente la locución «a juicio de los acreditantes», por contraria al artículo 1.256 del Código Civil, es decir, por dejar el cumplimiento de la obligación y la determinación del momento del vencimiento de la hipoteca al arbitrio de una de las partes contratantes, el titular de la hipoteca. Calificación que por su propio fundamento, claro y nítido, debe ser confirmada sin necesidad de añadir nada a lo que se manifiesta como obvio. El inciso final del supuesto recogido en la letra p) de la cláusula 15 del contrato de crédito sindicado establece el siguiente supuesto de vencimiento anticipado: «si no se hubiesen inscrito contratos de garantía que consistan en hipotecas inmobiliarias en garantía del crédito en los Registros de la Propiedad que corresponda en el plazo de cuatro meses desde que este contrato haya adquirido eficacia y de tres meses en relación con la/s prenda/s sin desplazamiento de la posesión y las sucesivas actualizaciones de esta/s». El Registrador suspende la inscripción del inciso final de dicha cláusula, referente al plazo de inscripción de las prendas sin desplazamiento, por cuanto la falta de inscripción de estas es asunto ajeno a la hipoteca que no puede provocar su vencimiento anticipado. Y también en este punto debe confirmarse la calificación recurrida. Se recurre igualmente la suspensión de la letra b) de la estipulación 8.10 de la escritura de constitución de hipoteca, en el que se establece como causa de vencimiento anticipado el hecho de que «el patrimonio de la acreditada y/o de los hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado», recurso que igualmente debe ser desestimado por los motivos que se examinaron en el fundamento jurídico 10 de esta Resolución, pues el embargo de bienes o derechos pertenecientes al patrimonio del deudor, incluida las propias fincas hipotecadas, no constituye ningún menoscabo de la garantía en que la hipoteca consiste, por lo que no concurre justa causa que justifique la posibilidad de su vencimiento anticipado. Finalmente, respecto de la letra e) de la estipulación 8.10 de la escritura de hipoteca establece como causa de vencimiento anticipado que «no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos sobre las fincas que tengan preferencia legal de cobro frente a las acreditantes, salvo que la acreditada y/o los hipotecantes procediese a su abono en el plazo de diez días hábiles desde que fuesen requerida para ello». Es cierto que esta Dirección General ya en su Resolución de 22-6-1996 vino a aceptar una cláusula similar a la ahora debatida.

Resolución de 3-10-2014

(BOE 31-10-2014)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

DIVISIÓN HORIZONTAL: LICENCIA. REQUISITOS FISCALES: OBLIGACIÓN DEL REGISTRADOR. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TÍTULOS PRESENTADOS CON ANTERIORIDAD.

Impone dicho artículo 17.6 del TR de la Ley de Suelo terminantemente que «la constitución y modificación del complejo inmobiliario —no del previamente diferenciado régimen de propiedad horizontal— deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción, que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma. No será necesaria dicha autorización en los supuestos siguientes: a) cuando el número y características de los elemen-

tos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel; b) cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos». De este modo ha sentado este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 21-2-2014) que la autorización de la administración competente solo se exige para los casos de constitución o modificación de un complejo inmobiliario privado y no de un régimen de propiedad horizontal, salvo que las excepciones señaladas por Ley y siempre que no se encubra tras la constitución del régimen de propiedad horizontal un verdadero complejo inmobiliario —circunstancia no planteada por el Registrador en la nota— o que la legislación de la Comunidad Autónoma aplicable sujete la división horizontal como operación específica a licencia de forma expresa, cuestión que tampoco ha sido considerada por el Registrador en el presente expediente. Ahora bien, la falta de necesidad de una licencia administrativa expresa, no excluye que el régimen de división horizontal deba adecuarse a la licencia obtenida para la obra nueva. De este modo el artículo 53 de las Normas Complementarias al RH en materia urbanística, dispone que «para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas: a) no podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión». El segundo defecto recurrido, es el referente a la necesidad de haber presentado la correspondiente autoliquidación, declaración o comunicación relativa al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana en relación a adjudicación de los elementos privativos a los diferentes copropietarios de la finca matriz en función de sus respectivas cuotas que se realiza en la escritura calificada, también debe mantenerse. Poner al Registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en la escritura supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el Registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, si por tener dudas de su sujeción o no y para salvar su responsabilidad, exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación puesta por Ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida. Hallándose suspendida la inscripción de un derecho contenido en un título previo al ahora calificado y que atribuye a su titular facultades que, al menos en apariencia, pueden, en caso de inscribirse, afectar al desenvolvimiento del título posterior, deberá suspenderse la calificación de este en todo lo que pueda verse afectado por el primero en tanto mantenga vigencia el asiento de presentación practicado con anterioridad.

Resolución de 3-10-2014

(BOE 31-10-2014)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TÍTULOS PRESENTADOS CON ANTERIORIDAD

Si el título por el cual se crea la finca objeto de aportación y se adjudica a los aportantes ha sido presentado previamente y suspendida su inscripción precisamente en cuanto a estos extremos —creación mediante división horizontal y adjudicación de los elementos resultantes a los titulares de la finca matriz— encontrándose todavía vigente el asiento de presentación practicado para el mismo en el Libro Diario, no cabe duda de que ese título de división horizontal y adjudicación de elementos tiene, a los efectos del artículo 18.2 de la LH, condición de «título previo presentado con anterioridad» respecto del título de donación por el adjudicatario de elementos resultantes de la división suspendida. Es decir, tanto material como formalmente —así se hace constar en la propia escritura de aportación— esta trae causa en cuanto a la descripción de las fincas como respecto de su titularidad de la escritura presentada antes y cuyo asiento de presentación mantiene vigencia actual de modo que, como señala el propio precepto aludido, el plazo máximo para calificar e inscribir la aportación será de quince días desde la inscripción —o, en su caso, cancelación del asiento de presentación con la consiguiente hipotética inadecuación tanto subjetiva como objetiva del tracto sucesivo— de la división y adjudicación actualmente suspendidas.

Registro Mercantil

por Ana M^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 22-7-2014

(BOE 10-9-2014)

Registro Mercantil de Barcelona, número XI

ADMINISTRADORES. ARTÍCULO 111 RRM

El sistema de protección establecido en el artículo 111 RRM no tiene por finalidad proteger los intereses del anterior cargo con facultad certificante sino la seguridad jurídica en el tráfico. Por ello no basta que la certificación exprese que se ha producido la renuncia de la persona con facultad certificante; ello no acredita su consentimiento. Esto solo es admisible si la certificación está emitida por quien, según el Registro, puede emitirla. En el caso contemplado —certificación emitida por el nuevo administrador único que antes era uno de los dos mancomunados inscritos— no se acredita que el otro mancomunado haya expresado su consentimiento ni que haya renunciado a su cargo. La notificación debe hacerse en el domicilio que consta inscrito, aunque sea otro el real, o la diligencia de entrega tiene que llevarse a cabo con el propio destinatario.

Resolución de 23-7-2014
(BOE 10-9-2014)
Registro Mercantil de La Rioja

OPERACIÓN ACORDEÓN. MAYORÍAS ESTATUTARIAS.

Los estatutos sociales establecen una mayoría reforzada del 80% para todo acuerdo de aumento o reducción, salvo que el acuerdo resulte exigible por imperativo legal. El que la sociedad se encuentre en causa de disolución por pérdidas no implica la existencia de una obligación de reducir ni de aumentar el capital. La única obligación legal es la de convocar junta para acordar la disolución, pudiendo incluir en el orden del día propuesta de remoción de la causa de disolución. El hecho de que el socio disidente haya acudido a la ampliación, a pesar de votar en contra del acuerdo, no justifica que pueda prescindirse de los requisitos que para la modificación del capital prevén los estatutos. Los estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad. Las mayorías mínimas que la ley establece pueden ser elevadas pero no rebajadas por los estatutos.

Resolución de 24-7-2014
(BOE 10-9-2014)
Registro Mercantil de Burgos

CONCURSO DE ACREEDORES. PODER.

El administrador o liquidador de la sociedad no puede otorgar poderes a terceros ni revocarlos sin intervención del administrador concursal. La situación de concurso no es inocua para las relaciones de apoderamiento que el órgano de administración tenga transferidas. Están sujetas al mismo régimen de limitaciones que afectan al administrador. La administración concursal tiene un interés directo en la intervención de las relaciones de apoderamiento del deudor, pues asume una responsabilidad al respecto.

Resolución de 25-7-2014
(BOE 10-9-2014)
Registro Mercantil de Toledo

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A INSTANCIA DE LA MINORÍA.

Constando en la hoja social el nombramiento de auditor designado a instancia de la minoría, no puede efectuarse el depósito de las cuentas sin el informe de auditoría mientras la inscripción subsista. El expediente para el nombramiento de auditor por la minoría es un procedimiento administrativo especial regulado en los artículos 351 y ss. RRM y, supletoriamente, por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, por lo tanto, diferente de procedimiento registral. Si la sociedad quiere destruir la presunción que deriva de la inscripción del auditor y proceder al depósito sin su informe, debe efectuarlo en el ámbito de este procedimiento administrativo. Ello puede lograrse acreditando que el interés protegible ha decaído (por ejemplo

que el socio instante ha dejado de serlo y el adquirente manifieste su voluntad de no continuar el procedimiento) o la renuncia del que instó el nombramiento a su derecho material. Una vez obtenida la cancelación del asiento de nombramiento de auditor, podrá efectuarse el depósito de las cuentas.

Resolución de 31-7-14
(BOE 10-09-2014)
Registro Mercantil de Valencia

ADMINISTRADORES. CONSEJO. CONSTITUCIÓN. COOPTACIÓN.

La mera existencia de vacantes no es obstáculo para la inscripción de acuerdos del Consejo siempre que ello no impida su funcionamiento. Para su válida constitución deben concurrir a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales y esta mayoría solo puede estar referida al número previsto en los estatutos o determinado por el acuerdo de nombramiento. Por ello no es inscribible la designación de administradores de una sociedad anónima por cooptación cuando el número de componentes del Consejo con cargo vigente que adoptan el acuerdo son tres de los seis que integran dicho órgano según los asientos registrales.

Resolución de 28-7-2014
(BOE 30-9-2014)
Registro Mercantil de Zaragoza, número II

CALIFICACIÓN. PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

Cabe calificar negativamente, después de haber calificado de manera favorable, bien por defectos no advertidos en un principio —con la consiguiente responsabilidad disciplinaria, en su caso—, o bien cuando la documentación aportada o presentada *a posteriori* altera el contenido del ámbito de la calificación (registro o título). Principio de legalidad: no estamos ante una cuestión de prioridad cuando existe presentado un documento posterior que cuestiona la validez o eficacia del presentado previamente, siendo entonces irrelevante el orden de la presentación de la documentación. Diferencia entre la junta general universal y la que no tiene dicho carácter: la primera exige acuerdo unánime de su celebración y de los temas a tratar en ella, mientras que en la segunda deben cumplirse los requisitos de convocatoria previstos en la ley en los estatutos. Calificación por el Registrador de los elementos esenciales de la convocatoria o, en su caso, de la consideración de la junta como universal. Acta notarial de la junta solicitada por la minoría: los acuerdos solo serán eficaces si constan en la misma, sin atender a la diferencia, inadmisibles en la actualidad, entre anónimas y limitadas. Finalidad del Registro Mercantil: no es su objeto la resolución de diferencias entre los partícipes de una sociedad, sino dar publicidad y seguridad a situaciones jurídicas ciertas, y no a aquellas que no pueden ser dilucidadas en el estrecho marco de la calificación, y cuya competencia en su resolución corresponde a los tribunales. Validez o no de la junta celebrada fuera del domicilio social y sin la presencia del Notario, circunstancias que constaban en el anuncio de la convocatoria.

Resolución de 1-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número IX

CUENTAS ANUALES. AUDITOR. INFORME CON OPINIÓN DESFAVORABLE.

No pueden depositarse las cuentas cuando el informe del auditor es con opinión desfavorable, pues con ello afirma que dichas cuentas no expresan la imagen fiel del patrimonio social, su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo. Lo contrario implicaría la frustración de la finalidad de la Ley, de los derechos de los socios y de los terceros.

Resolución de 2-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro Mercantil de Madrid, número XI

CALIFICACIÓN. TÍTULOS INCOMPATIBLES

El principio de prioridad no tiene en el Registro Mercantil el mismo alcance que en el Registro de la Propiedad, debiendo tener en cuenta el Registrador no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los relacionados con estos, aunque consten presentados después, para calificar conjuntamente el documento y evitar, así asientos inútiles e ineficaces. La anotación que contiene orden de suspensión cierra el Registro a la inscripción de los acuerdos suspendidos o de los que de ellos traigan causa. Al no implicar una decisión sobre la validez o no de la situación jurídica, no juega el principio de legitimación. Ante la existencia de títulos incompatibles presentados, debe suspenderse la inscripción de todos ellos en tanto no se adopte la decisión judicial al respecto.

Resolución de 5-8-2014

(BOE 6-10-2014)

Registro Mercantil de Valencia, número II

LIBROS. LEGALIZACIÓN.

Tras la Ley 14/2013 de emprendedores, los libros han de cumplimentarse en soporte electrónico; han de legalizarse tras su cumplimentación dentro de los cuatro meses siguientes al cierre del ejercicio social; y han de ser presentados al registro telemáticamente. Por tanto ahora ya no cabe: —la legalización previa de los libros encuadernados en blanco o de libros no encuadernados y formados por hojas en blanco. —la legalización posterior de libros encuadernados en papel tras su utilización. —la presentación en soporte papel ni en soporte disco o similar. Pero, aunque la Ley entró en vigor el 29-9-2013 y carece de una previsión transitoria, debe admitirse el sistema de legalización que estaba vigente al comienzo del ejercicio social para aquellas sociedades cuyo ejercicio finalizó con posterioridad a dicha entrada en vigor.

Resolución de 6-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro Mercantil de Málaga, número III

AUMENTO DE CAPITAL. IDENTIDAD DEL SUSCRIPTOR. SOCIEDAD CIVIL.

En un aumento, el objeto de la inscripción no son los singulares negocios de asunción de las participaciones —aunque la realidad y exactitud de aquel dependa de la validez y eficacia de estos—, sino la modificación de la cifra de capital y el modo en que está representado. Por ello esos negocios no han de ser calificados por el Registrador; basta con la manifestación formulada por el órgano social competente. Y solo pueden exigirse los datos que por imperativo de la legislación del Registro Mercantil deban reflejarse en el asiento. El artículo 203.3º RRM solo exige la identidad de las personas a las que se hayan adjudicado las participaciones en los aumentos de capital con aportaciones no dinerarias, por compensación de créditos o por transformación de reservas o beneficios.

Resolución de 18-8-2014
(BOE 6-10-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número XVIII

OBJETO SOCIAL.

Las actividades de «prestación de servicios», «comercio al por mayor y al por menor», «distribución comercial», «importación y exportación» no pueden rechazarse por el hecho de que se atienda al puro criterio de actividad, sin referencia a productos o a un sector económico específico. A la referencia a «actividades profesionales» en los estatutos debe añadirse que son aquellas cuyo desempeño no entre en el ámbito de la Ley 2/2007 o, de entrar, que se constituye una sociedad de medios, de comunicación de ganancias o de intermediación.

Resolución de 16-9-2014
(BOE 9-10-2014)
Registro Mercantil de Valencia, número II Tarragona, número II

CONSTITUCIÓN. ENTIDADES LOCALES.

La prohibición contenida en la Disposición Adicional 9.ª de la Ley 7/1985, modificada por la Ley 27/2013, impide a las entidades locales y organismos autónomos de ellos dependientes constituir o participar directa o indirectamente en la constitución de sociedades u otros entes (en este caso una AIE) durante el plazo de vigencia de su plan económico financiero o de su plan de ajuste. Pero en este caso, dado que el acuerdo de constituir la AIE por parte del ayuntamiento participante fue adoptado con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma, no le puede ser aplicada.

Resolución de 18-9-2014
(BOE 9-10-2014)
Registro Mercantil de Palencia

AUDITOR. INFORME DE AUDITORÍA. OPINIÓN. ACTUACIÓN DEL AUDITOR.

Si se considera incorrecta la actuación del auditor, deben ejercitarse las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el ICAC, pero no puede ser examinada en un recurso ante la DGRN. 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. Cabe entonces cuatro tipos de opinión técnica: favorable, favorable con salvedades, desfavorable o denegada. No hay cuestión en los tres primeros supuestos. El informe con opinión denegada no tiene porqué implicar necesariamente el rechazo del depósito de cuentas. Hay que atender a la finalidad del informe de dar satisfacción al interés de los socios y de terceros. Hay que analizar las salvedades formuladas para comprobar si del informe puede deducirse una información clara sobre el estado patrimonial de la sociedad. En este caso no puede efectuarse el depósito pues queda patente el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones en materia de formulación de las cuentas y de su obligación de colaboración con el auditor.

Resolución de 27-9-2014
(BOE 31-10-2014)
Registro Mercantil de Alicante

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

Vigente la nota marginal por baja en el índice no puede inscribirse ni el cese de administrador ni el nombramiento de uno nuevo. Solo cabe practicar los asientos ordenados por la autoridad judicial o el alta en dicho índice.

Resolución de 29-9-2014
(BOE 27-10-2014)
Registro Mercantil de Navarra

ADMINISTRADORES. RENUNCIA.

Reitera la abundante doctrina en el sentido de que, cuando como consecuencia de la renuncia la sociedad quede en situación de no poder ser debidamente administrada y no exista la posibilidad de que otro administrador con cargo vigente lleve a cabo la oportuna convocatoria de junta para la provisión de vacantes, no procede la inscripción sin que se acredite que el renunciante ha llevado a cabo la convocatoria de junta con tal finalidad.

Resolución de 30-9-2014
(BOE 27-10-2014)
Registro Mercantil de Madrid

ESTATUTOS. JUNTA. LUGAR DE CELEBRACIÓN.

Los estatutos pueden contemplar que la junta se celebre en otro término municipal distinto al del domicilio social. Pero el lugar debe estar debidamente determinado y referido a un espacio geográfico concretado a un término municipal o espacio menor como una ciudad o un pueblo; no la provincia en su totalidad. Debe quedar garantizado el derecho de asistencia del socio y no al arbitrio del órgano convocante.

Resolución de 2-10-2014
(BOE 30-10-2014)
Registro Mercantil de Cádiz

CUENTAS ANUALES. BALANCE Y ESTADO DE CAMBIOS ABREVIADO.

La modificación del artículo 257 LSC efectuada por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores se aplica a los ejercicios cerrados con posterioridad a 29-9-2013, fecha de entrada en vigor de esta. Los nuevos límites establecidos en dicha norma son los que deben servir de referencia para determinar si la sociedad puede formular balance y estado de cambios abreviados en relación a los dos últimos ejercicios cerrados, es decir, 2013 y 2012.

Resolución de 4-10-2014
(BOE 31-10-2014)
Registro Mercantil de Zaragoza

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITOR SOLICITADO POR LA MINORÍA.

No puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el informe del auditor cuando, en las sociedades no obligadas por ley a la verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral. Si el nombramiento se ha efectuado y está recurrido ante la Dirección General debe denegarse provisionalmente el depósito, si bien no se produce el cierre registral de la hoja social hasta que no transcurran tres meses desde la resolución definitiva si esta entiende que procede el nombramiento. Si la resolución firme entiende que no procede, debe darse curso al depósito.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución 2.137/2014 de 18-9-2014
DOGC. 6717/1373303
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 1

HERENCIA. SUCESIONES: *IUS TRANSMISSIONIS*.

En materia competencial, la Dirección General de Derecho se hace eco de otros muchos pronunciamientos anteriores. En cuanto al fondo, actualmente la regulación del *ius transmissionis* se encuentra establecida en el artículo 461.13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Pero ya con anterioridad a su vigencia, la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de fecha 25-11-2005 (en interpretación de los artículos 155, 258.1 y 265.3 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 21-7-1960 y de los artículos 29 —sobre todo los dos primeros incisos en lo que interesa a este supuesto— y 38.3 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, por la que se aprobó el Código de Sucesiones de Cataluña, hoy derogado y de tenor similar al actualmente vigente), señaló que, no obstante las disquisiciones doctrinales en torno a la operatividad del *ius transmissionis* frente a la sustitución ordenada por el testador, ha de operar siempre frente a la sustitución el derecho de transmisión, dado el tenor literal incluso del propio artículo, que emplea, igual que el actual, el adverbio «siempre». Y ello porque, aunque el testamento se constituye en Ley de la sucesión, siendo determinante la voluntad del causante, no cabe presumir que por la existencia de sustitución vulgar se excluya el derecho de transmisión, pues eso sería una aplicación muy extensiva de difícil prueba, aún más si se considera que, en el caso de producirse la aceptación, que puede ser tácita, por parte del primero instituido, los bienes no pasarían al sustituto vulgar, sino a los herederos del instituido en primer lugar. Tanto es así que si quería evitar el juego práctico del derecho de transmisión, es decir, que sus bienes pasaran a los herederos de su heredero, tenía a su alcance las sustituciones fideicomisarias, las fideicomisarias de residuo o hasta las preventivas de residuo, reguladas de manera amplia, completa y detallada en la normativa vigente. Así también, Resolución de 16-2-2006. Esta postura es reiterada en la Resolución de 31-5-2010 (Fundamento de Derecho segundo), citada por el Notario recurrente, aplicando ya, por la fecha de la apertura de la sucesión, la Ley 40/1991, de 30 de diciembre. En esta resolución, la Dirección invoca para apoyar su postura la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 10-11-2009, la Resolución de 25-11-2005 antes mencionada y la Resolución de la Dirección General de los Registros y Notariado de fecha 23-6-1986 (Fundamento de Derecho Tercero). En ella se ampara también, para un caso en que sí había aceptación por el hecho de haber dispuesto en testamento de los bienes de la herencia y, por tanto, se excluía el derecho de transmisión, la Resolución de 17-3-2008, de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas. Por otra parte, en cuanto a la existencia de una declaración de herederos intestados versus derecho de transmisión, según interpretación dada por la resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades jurídicas de

Cataluña de fecha 11-7-2007 (Fundamentos de Derecho segundo y tercero), para un caso resuelto bajo la vigencia de la normativa anterior, existiendo testamento y dándose la supervivencia del transmitente en relación con el primer causante, la muerte del transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia y la capacidad sucesoria, no hay duda de la prevalencia del derecho de transmisión, máxime cuando en Derecho sucesorio catalán opera el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Esto entronca a su vez con los supuestos en que procede la sucesión intestada (art. 441.1 de la l. 10/2008, de 10 de julio), en conexión con el artículo 441.6.3 de la misma, de acuerdo con el cual lo establecido por el presente artículo se entiende sin perjuicio del derecho de transmisión de la herencia deferida y no aceptada y de los demás casos en que el presente Código establece un orden de sucesión especial y con la interpretación de la vieja Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 5-12-1945 y 17-7-2006 y el Auto del Tribunal Superior de Cataluña de 26-7-1993. Asimismo, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña en Resolución 4-7-2011, en la que se declaraban herederos intestados los parientes colaterales de la causante, constando que su marido aún vivía en el momento de la apertura de la sucesión, aunque hubiera fallecido cuando se tramitó la declaración de herederos. En efecto, en los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la citada Resolución, con base en los artículos 2.1, 9.1, 29 y 333 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, (hoy arts. 411.2, 412.1, 442.3 y 461.13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio), hacen prevalecer el derecho de transmisión y entiende que es requisito *sine qua non* la acreditación de la repudiación de los herederos del cónyuge viudo para que pueda operar la sucesión a favor de los colaterales (art. 338 de la Ley 40/1991, hoy 442.9 de la Ley 10/2008). En cuanto a la jurisprudencia, resulta de interés la STSJ de Cataluña de fecha 12-7-2012, cuyo supuesto de hecho se centra en la discusión de la extensión de un fideicomiso de residuo sobre los bienes que la primera causante no había gravado con fideicomiso, pero sí la transmitente, realiza un recorrido histórico por la figura desde la época justiniana, para sentar la doctrina de que en el Derecho catalán se sigue en este punto la teoría de la adquisición directa del primer causante, no la tesis indirecta, como en el Derecho civil común (cuestión esta hoy en revisión como se indica a continuación). Por su parte, para el Derecho civil común, el centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el derecho de transmisión y su operatividad. Así, la Resolución de 26-3-2014, en que se apoya el recurso gubernativo, reiterada en la de fecha 11-6-2014 y apartándose de los pronunciamientos sostenidos en la Resolución de 22-10-1999, entiende innecesaria de la intervención del cónyuge del transmitente en la partición de la herencia del transmisario, a la luz de la doctrina sentada en la STS 13-9-2013, recogiendo otras anteriores como la de 11-9-2011. No se trataba de un caso, pues, de conflicto entre sustitución y derecho de transmisión, sino que se parte de la operatividad de este. En definitiva, en caso de conflicto entre *ius transmissionis* y sustitución vulgar, prevalece el primero sobre la segunda.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La custodia compartida en casos de violencia doméstica y el superior interés del menor*

Joint custody in cases of domestic violence and the best interests of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: Se prohíbe expresamente la concesión del régimen de custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en algún procedimiento de maltrato o violencia de género en los que los menores sean víctimas directas o indirectas. También se prohíbe su otorgamiento cuando el Juez advierta indicios fundados de violencia que le haga decidir la improcedencia de la custodia compartida en beneficio del *interés superior del menor*.

ABSTRACT: *Granting joint custody regime is expressly prohibited when either parent is in a procedure of abuse or violence in which children are direct or indirect victims. Its granting is also prohibited when Judge warns founded indications of violence which make him decide the illegality of joint custody in the best interests of the child.*

PALABRAS CLAVE: Custodia compartida. Violencia doméstica. Interés del menor

KEY WORDS: *Joint custody. Domestic violence. Child's interest*

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios Jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—III. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CÓDIGO CIVIL: VIOLENCIA DOMÉSTICA.—IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA FAMILIAR O MACHISTA EN LA JURISPRUDENCIA CATALANA.—V. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL EN VALENCIA.—VI. VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA Y LA PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN. BREVE ANÁLISIS DE SU JURISPRUDENCIA.—VII. CONEXIONES CON EL DERECHO DE VISITA Y SU SUPRESIÓN POR PELIGRO CONCRETO Y REAL PARA LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA O MORAL DEL MENOR.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 92 del Código Civil tras la redacción de la Ley 15/2005, de 8 julio, establece como régimen ordinario de guarda y custodia de los menores el de su atribución a uno solo de los progenitores y no a los dos de forma conjunta¹. No obstante es posible que de mutuo acuerdo inicial o sobrevenido se pacte a los dos progenitores de forma conjunta².

Posibilidad que expresamente se prohíbe en los supuestos en que cualquiera de los padres *esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar* contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos³.

Tampoco procederá cuando *el Juez advierta*, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, *la existencia de indicios fundados* de violencia doméstica. Ambas prohibiciones se contienen en el apartado 7 del señalado precepto.

Como puede observarse, teniendo en cuenta el principio del *interés del menor*, el precepto nacido de la Ley 15/2005 supedita la decisión última sobre la conveniencia o no de adoptar el régimen de guarda y custodia compartida al Juzgador.

Como ocurre generalmente, los primeros supuestos y las primeras resoluciones llegaron a conocimiento de la Jurisprudencia menor. El precepto era claro, por ello la SAP de Burgos de 12 de mayo de 2008⁴ entendió que no procedía establecer custodia compartida porque se hallaban ante el supuesto inicial del apartado ya que el progenitor reconoce haber sido *condenado por delito de maltrato familiar*. Como la custodia de la hija menor inicialmente se había otorgado a la madre no habrá variación de régimen⁵.

A lo largo del trabajo vamos a ir viendo jurisprudencia menor anterior a la citada en la que no se otorga el régimen de custodia compartida, por una u otras razones, todas dentro del ámbito de este apartado, pero es esta la que directa y expresamente hace referencia al principio del *interés del menor* y argumenta la necesidad de superación de la situación de maltrato. Y lo hace insistiendo en que «la existencia de una previa condena por un delito de maltrato es obvio que, aunque haya sido extinguida, limita notoriamente la posibilidad de establecimiento de un régimen de custodia compartida, ya que el *interés del menor* exige que se justifique la superación absoluta de la situación anterior de maltrato, la disponibilidad de las partes para tal medida y sobre todo el beneficio de tal medida para el menor».

El supuesto de hecho del precepto es, sin duda, lógico pues si el derecho de visitas —de contenido menor que la guarda y custodia— cede ante los supuestos de presentarse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor, más debe ceder en el supuesto de otorgamiento de la custodia⁶.

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

A primera vista la formulación del precepto es clara y concreta, de ahí que la doctrina jurisprudencial, no deba, más que seguirlo teniendo en cuenta sobre todo el principio general de derecho del interés superior del menor y la posibilidad establecida en el inciso final del apartado de la decisión final por parte del Juez de no establecer la custodia compartida ante la presencia de indicios fundados de violencia. Así, la STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 2011⁷, en un supuesto donde el marido fue condenado por amenazas al cónyuge, el Alto Tribunal señaló que aunque este delito no está incluido entre los que, conforme al artículo 92.7 del Código Civil excluyen la guarda compartida, sí puede constituir un *indicio de violencia* o de situación conflictiva entre los cónyuges, en cuyo caso, el citado artículo declara que no procede la guarda conjunta.

Argumento que tenemos que poner en relación con la doctrina de esta Sala sobre la *guarda y custodia* compartida en la interpretación del artículo 92, apartados 5º, 6º y 7º del Código Civil, la cual recordemos que debe estar fundada en el *interés de los menores*, y solo se acordará cuando concurren criterios tales como⁸:

- la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales;
- los deseos manifestados por los menores competentes;
- el número de hijos;
- el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales;
- el resultado de los informes exigidos legalmente,
- y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.

El TS mantiene la posición de que debe considerarse la custodia compartida como «normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo *el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis*, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

III. EL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 92.7 DEL CÓDIGO CIVIL: VIOLENCIA DOMÉSTICA

Realmente, la cuestión a dilucidar se centra en qué clase de interpretación debe hacerse del precepto. Recordemos que el artículo 92.7 del Código Civil dice que esté *incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos*. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, *de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica*⁹.

El supuesto de hecho es claro, pues por un lado concreta la necesidad de estar incurso en un proceso penal iniciado... para finalizar en el segundo párrafo, con la indicación que en todo caso el Juez puede advertir indicios de violencia doméstica. Se describe un parámetro amplio a fin de que el Juzgador, que es el

último que decide sobre la conveniencia o no de imponer la custodia compartida, concrete a la vista de todas las alegaciones de las partes, las pruebas practicadas y los informes de los especialistas lo que es *mejor para el menor*.

De este modo, se estaría dentro del primer supuesto del apartado (*incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual ...*) en las decisiones tomadas por las siguientes resoluciones:

- En el supuesto de *condena por un delito de maltrato* (SAP Burgos de 12 de mayo de 2008 que entendió que no procedía establecer custodia compartida).
- No se otorga tampoco cuando es *imputado el marido por actos de violencia de género* que ha determinado el dictado de medidas de protección de su esposa, y en concreto la prohibición de acercamiento hasta que no recaiga resolución en el procedimiento penal incoado (SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 8 de julio de 2011)¹⁰.
- Tampoco se concede en el supuesto en que haya *sentencia absolutoria del progenitor en procedimiento penal de violencia de género, pero concurrencia de condena penal de ambos cónyuges por lesiones mutuas*. Además, el juez puso de manifiesto que no concurre el acuerdo de los cónyuges y el informe favorable del ministerio fiscal (SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 18 de julio de 2008)¹¹.

Por otro lado, en las siguientes resoluciones judiciales se concreta que hay *indicios fundados de violencia doméstica...* aunque no está incurso en un procedimiento penal, por ejemplo:

- No se otorga la custodia compartida cuando el padre *realiza actos de violencia psicológica* sobre la madre de los que *la hija ha sido víctima indirecta, aunque tenga solo 11 meses* (STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de abril de 2014)¹². El juzgador entiende que pese a que aparentemente la niña no tiene conocimiento o conciencia de dichos actos puede considerarse que el sufrimiento de la madre, por dichos actos, tiene incidencia en la menor *produciendo irritabilidad, trastornos del sueño y de alimentación, así como dificultades en el establecimiento de los vínculos familiares*. Y acertadamente afirma que «la consideración de los niños como víctimas indirectas de la situación de violencia de género que viven en el hogar, va más allá de la agresión física del padre sobre la madre, puesto que esta exposición a la violencia tiene impacto sobre su desarrollo y sobre las consecuencias que comporta para las relaciones futuras, si se trata de una violencia estructural».
- Tampoco se otorga en el supuesto de la SAP de Murcia, Sección 5ª, de 6 de junio de 2011¹³, donde se constata la *existencia de un proceso penal por violencia de género, actualmente terminado por una sentencia absolutoria de dicho delito pero condenatoria por una falta sin adopción de medidas cautelares*. Aunque a la fecha de la sentencia, dicho proceso todavía estaba pendiente y de ahí la corrección del argumento empleado en la sentencia apelada. Además ni la progenitora ni el Ministerio Fiscal eran favorables a la adopción de la custodia compartida, por lo que era imposible legalmente la adopción de dicho acuerdo.

Entrando ya en los supuestos analizados en los Juzgados específicos de violencia sobre la Mujer nos encontramos con que en todo caso prima el interés del menor.

- La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Baracaldo, de 30 de junio de 2013¹⁴, enfatiza que aunque ambas partes pactan una custodia compartida respecto al menor en el domicilio conyugal sito en la localidad de Baracaldo, y estando el padre *imputado en procedimiento de violencia de género*, hace desaconsejable la existencia de una custodia compartida máxime al señalar que la misma se desarrollaría en el domicilio conjunto.
- La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Alicante de 22 de enero de 2010¹⁵, no acuerda la custodia compartida *por inexistencia de comunicación entre ambos progenitores y por haber existido un procedimiento penal tras el cual se dictó una orden de alejamiento entre ambos*.

Pese a que se había interesado en el acto de la vista por el progenitor que se acordara una custodia compartida, conforme al artículo 92 del Código Civil es preciso que ello sea interesado por ambos progenitores y que exista informe favorable del Ministerio Fiscal, salvo que tras la petición de una de las partes y el informe favorable del Ministerio Fiscal se llegue al convencimiento que con la guarda y custodia compartida se protege adecuadamente el *interés superior del menor*. En el presente caso, no se dan estos requisitos, y además, la relación entre ambos progenitores es nula, no existiendo contacto ni comunicación entre ellos habiendo mediado procedimiento penal en virtud del cual se dictó una medida de alejamiento entre ambos. Esta situación hace imposible la relación fluida y amistosa que requiere este tipo de guarda en la que es precisa *una constante y buena comunicación entre los progenitores* para poder atender las necesidades del menor y para adoptar aquellas decisiones en beneficio del niño.

IV. CUSTODIA COMPARTIDA Y VIOLENCIA FAMILIAR O MACHISTA EN LA JURISPRUDENCIA CATALANA

El artículo 233-11.3 del Código Civil, dice que «en interés de los hijos, no puede atribuirse la guarda al progenitor contra el que se haya *dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas*. En interés de los hijos, tampoco puede atribuirse la guarda al progenitor mientras haya *indicios fundamentados* de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas».

Como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la redacción del precepto es parecida al apartado 7.º del artículo 92 del Código Civil, pero además, aporta la innovadora idea de la posibilidad de que los menores pueden ser víctimas directas o indirectas de dicha violencia. Se modifican los términos: de violencia doméstica se pasa a hablar de violencia machista o familiar.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2014¹⁶, insiste en la necesidad de acreditación de los episodios de violencia machista y si el menor ha sido o no víctima directa o indirecta, pruebas que no pueden ser calificadas como inadmisibles¹⁷, pues los órganos civiles tienen la necesidad de conocer su existencia a la hora de determinar el ejercicio de la guarda de los menores.

La Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Berga, de 26 de marzo de 2014¹⁸, resuelve que aunque *no existe sentencia por actos de violencia familiar o machista afirma que sí se siguió un procedimiento, por presunta*

*infracción penal, relacionada con violencia machista, en la que aparecía como denunciado el progenitor*¹⁹.

En dicho procedimiento el Ministerio Fiscal aconsejó este régimen de guarda y custodia, pero al no haber acuerdo en el plan de parentalidad y no existir acuerdo de los progenitores en el régimen de guarda y custodia, *le corresponde a la autoridad judicial determinar la forma, de acuerdo con el carácter conjunto de las responsabilidades parentales*. Por ello el Juzgador acuerda la custodia compartida en base a que es un régimen que presenta indudables *ventajas para la evolución y desarrollo del niño* en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial.

V. SITUACIÓN JURISPRUDENCIAL EN VALENCIA

El artículo 4.1 y 2 de la Ley 5/2011, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven²⁰, establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el juez establecerá, como regla general, el régimen de «convivencia compartida».

Por lo tanto, Valencia, al igual que Aragón y, en menor medida, Cataluña o Navarra, se aparta de la solución prevista en el artículo 92.8 del Código Civil previendo la custodia compartida con carácter general, y no, excepcional. La regla general es, pues, que, conforme al artículo 5.2 Ley 5/2011, salvo que otra cosa haya acordado por los progenitores, el juez atribuirá a ambos, «de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos»²¹.

El artículo 5.6 *excepciona* el régimen de convivencia, cuando exista una situación de *violencia familiar*, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor²².

Se establece la custodia compartida aún en los supuestos en los que la madre ha intentado la imposibilidad de su establecimiento alegando denuncias de malos tratos inexistentes²³. No se otorga dicho tipo de custodia cuando el estilo comunicativo del progenitor puede ser percibido como agresivo o impositivo²⁴, o cuando hay mala comunicación entre ambos²⁵, o cuando consta acreditado en autos la existencia de fundados indicios de violencia doméstica unidos a las malas relaciones entre los padres²⁶.

No obstante se insiste por el juzgador en que simplemente el criterio de existencia de malas relaciones entre los progenitores no es un factor determinante para negar la custodia compartida²⁷.

VI VIOLENCIA DE GÉNERO O DOMÉSTICA Y LA PREFERENCIA DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN ARAGÓN. BREVE ANÁLISIS DE SU JURISPRUDENCIA

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas²⁸, pone de manifiesto en su Exposición de Motivos que «la principal medida que se adopta es considerar *la custodia compartida como el régimen de custodia que el Juez adoptará de forma preferente en interés de los hijos menores a falta de pacto*, salvo en los supuestos

en que la custodia individual fuere lo más conveniente. El Juez deberá motivar su decisión teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares y los factores a los que se refiere el artículo 80, como la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los hijos, la opinión de los hijos, la aptitud y la voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos o las posibilidades de los padres de conciliar su vida familiar y laboral».

También insiste en que «una de las causas que expresamente prevé el artículo 80 para no otorgar la custodia, ni individual ni compartida, es la *violencia doméstica o de género, en línea con el compromiso asumido por los poderes públicos para prevenir, erradicar y castigar la violencia doméstica en todos los ámbitos de la sociedad*»²⁹.

Y todo ello porque «la *finalidad* de la custodia compartida es un reparto efectivo de los derechos y responsabilidades de los padres, fomentando las relaciones afectivas y continuadas de convivencia con los hijos y la participación directa en su desarrollo y educación.

La doctrina del TSJA en relación con el párrafo 6 del artículo 80 CFDA es la fijada en la sentencia de 19 de marzo de 2014³⁰, en la interpretación que realiza de dicho apartado la de 2 de julio de 2013³¹:

«Esta norma se ve en parte complementada por la previsión contenida en la Disposición Adicional 4.ª del CDFA en los términos siguientes: «Los casos de atribución de la guarda y custodia previstos en el apartado 6 del artículo 80 del presente Código serán revisables en los supuestos de sentencia firme absolutoria».

Y al respecto debe igualmente considerarse la previsión punitiva contenida en el artículo 153, apartados 1 y 2 Código Penal, donde se prevé como pena a imponer por delito de los previstos en tal norma: «(...) cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela curatela, guarda o acogimiento...».

Las tres normas citadas tratan la misma cuestión de existencia de acción tipificada en el Código Penal cometida por alguno de los progenitores del menor sobre cuya custodia se debe resolver judicialmente, pero no existe solapamiento entre ellas, puesto que la aplicación de una y otra se da en momentos sucesivos en el tiempo, no simultáneamente.

De las tres, la *primera a observar será la contenida en el artículo 80.6 del CDFA* que prevé dos supuestos: que exista proceso penal en trámite por violencia intrafamiliar, en el que la autoridad judicial penal valore motivadamente la constatación de indicios fundados y racionales de criminalidad derivada de los hechos enjuiciados; o que, aun no existiendo proceso penal en tramitación, la autoridad judicial civil valore la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. En cualquiera de ambos casos no se acordará la atribución de la guarda y custodia al progenitor que aparezca como posible autor.

La STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de junio de 2014³², tras indicar que en la instancia ya se valoró que se seguía causa penal contra el esposo por denuncia de agresión formulada por la esposa, en el momento de conocer el Tribunal Superior desaparece al haber sido ya dictada sentencia que puso fin al procedimiento penal. Por ello el progenitor solicita el establecimiento del régimen de custodia compartida que la sentencia impugnada denegó por observancia del precepto indicado.

No obstante el TSJA indica que «No cabe obviar, además, que caso de darse lugar a la pretensión del recurrente, de entrar a conocer esta Sala de Casación sobre las nuevas cuestiones de hecho que las sentencias de la instancia no pudieron tener en cuenta, se daría lugar a una valoración *ex novo* de los datos fácticos

presentes, lo que, además de suponer la asunción por esta Sala de funciones que legalmente no tiene encomendadas, implicaría sobre todo, privar a las partes de su derecho a los recursos de apelación y casación que sobre la decisión judicial inicial pueden interponer».

Se indica la necesidad de solicitar la modificación de las medidas reguladoras de su divorcio ante las nuevas circunstancias presentes, si así conviene a su derecho.

También la Jurisprudencia del TSJA propone la custodia individual con un amplio régimen de visitas del padre en sentencia de 25 de julio de 2013³³, al entenderse que la custodia compartida no sería beneficiosa para el menor pues en los informes psicosociales emitidos se recomendaba la individual, habida cuenta que el menor era reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, y había otros condicionamientos de horarios laborales del padre y de espacio en su vivienda que jugaban en contra del régimen compartido.

En la SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014³⁴, se alega la no declaración de la custodia compartida en base *al alto grado de conflictividad entre las partes y la existencia de una condena penal del apelado en los términos que prevé el artículo 82.6 CDFa*.

Insistiendo en que el criterio de la conflictividad entre los padres no es motivo para denegar la custodia compartida, la STSJA de 28 de septiembre de 2012³⁵ y considerando que este hecho es frecuente en las rupturas de convivencia y puede dificultar el normal desarrollo de las relaciones familiares... No obstante lo cual el enfrentamiento entre los padres no constituye un argumento que permita rechazar por sí solo la custodia compartida, salvo que se den circunstancias excepcionales que en este caso no concurren...»³⁶.

La importancia de la SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 11 de febrero de 2014³⁷, radica en que el progenitor estaba incurso en la causa de exclusión del artículo 80.6 CDFa lo que de por sí ya conduciría a la desestimación del recurso entablado relativo al otorgamiento de la custodia individual solicitada en su favor. Pero es que el mismo no contento con solicitar la custodia compartida, alega a su favor, que la madre padece síntomas depresivos, originados por la situación de maltrato y violencia. Ante lo cual indica el Tribunal que «el episodio depresivo sufrido por la madre sobre el que se hace tanto énfasis en el recurso, y del que parece, según los indicios, haberse recuperado (al margen o no de seguir o continuar tratamiento) ya fue valorado por los técnicos en sus informes psicosociales, no encontrando por ello inconveniente en que sea la madre quien ejerce sobre ellos la custodia individual, lo que conduce igualmente al rechazo del recurso».

La SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 20 de diciembre de 2013³⁸, no niega la petición de custodia compartida ni siquiera al encontrarse el progenitor incurso en causa penal por violencia doméstica. La importancia de la resolución radica en las palabras que transcribimos: «Debe finalmente tenerse en cuenta que en tema de restricción de derechos como es el caso, y especialmente afectando el mismo a un bien de especial protección como es el *interés del menor*, que podría resultar afectado, *no cabe hacer pues una interpretación extensiva del precepto indicado en perjuicio de dicho interés si se considera que la custodia compartida o la individual del progenitor condenado es más favorable a dicho interés*, por lo que consideramos que el proceso penal y falta subsiguiente a la que ha sido condenado el recurrente, dado por otro lado la escasa entidad de los hechos enjuiciados, como se desprende del «factum» de la Sentencia penal, *no es causa de exclusión legal de la custodia compartida* por el mismo solicitada, debiéndose entrar a dilucidar la conveniencia o no de fijar dicha forma de custodia».

Por último debe tenerse en cuenta también la posibilidad de que se acuerde la custodia compartida por la preferencia del criterio legal en su favor, y porque los padres estaban a su favor antes de la situación previa «a la judicialización penal del conflicto», que en los informes técnicos ninguno se pronuncia sobre la falta de idoneidad de los cónyuges para ejercer la custodia compartida» y pese a «hallarse enquistado el conflicto entre los padres». Este es el dictamen de la SAP de Teruel de 30 de octubre de 2012³⁹, que también afirma que tras ser examinados los informes, el devenir y curso de las circunstancias de este procedimiento y de las diligencias previas que lo han salpicado, y la *generación y enquistamiento de unas malas relaciones entre los progenitores, que ha llegado a repercutir en las relaciones con sus hijas*, acuerda la custodia compartida porque de hecho las hijas toman la decisión, al irse a vivir con el padre, siendo menores para tomar tal decisión pero no para ser oídas⁴⁰.

VII. CONEXIONES CON EL DERECHO DE VISITA Y SU SUPRESIÓN POR PELIGRO CONCRETO Y REAL PARA LA SALUD FÍSICA, PSÍQUICA O MORAL DEL MENOR

Aunque estamos analizando los supuestos de *custodia compartida* no hay que perder de vista, el *derecho de visita* por tener menos entidad que la custodia y donde la jurisprudencia es más extensa, y ha tenido ocasión de pronunciarse ante más problemas que la reciente incorporación de la custodia compartida en nuestro ordenamiento y su relación con la violencia doméstica, de género, machista o familiar.

Así en el supuesto de que el progenitor no custodio se encuentre *incurso en un procedimiento penal por violencia de género*, o por malos tratos⁴¹, el ejercicio del régimen de visitas ha sido suprimido o restringido o suspendido⁴². Así ocurre en los supuestos en los que el padre tiene carácter violento, o ha realizado agresiones y amenazas a la madre en presencia de sus hijos⁴³, o es condenado por sentencia penal firme por haber causado lesiones al hijo⁴⁴, o, se halla en prisión y además existe un informe psicosocial que desaconseja que los menores visiten a su padre en el centro penitenciario por considerarlo perturbador para el desarrollo de su personalidad⁴⁵, o es alcohólico⁴⁶, o tiene una patología mental que afecta directamente a su capacidad para hacerse cargo del cuidado de sus hijos⁴⁷, o es drogadicto⁴⁸.

Aunque hay resoluciones en que pese a la concurrencia de condenas por malos tratos, no suprime, ni restringe, el derecho de visitas del condenado, sino que se alientan en *interés del menor* (SAP de Albacete de 28 de abril de 2005⁴⁹, SAP de Valencia de 29 de junio de 2004⁵⁰, o, SAP de Murcia de 2 de marzo de 2001)⁵¹.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- CUCHI DENIA, Javier M.: «La convivencia como presupuesto de los delitos de violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 7063, Sección Doctrina, 25 de noviembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-337, Editorial La Ley. La Ley 41001/2008.
- DAZA BONACHELA, M. M.: «Comentario victimológico al Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio». En *Diario La Ley*, núm. 8214, Sección Tribuna, 18 de diciembre de 2013, Año XXXIV, Ref. D-428, Editorial La Ley. La Ley 10853/2013.

IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «Evolución del contenido del derecho de visita desde el estudio jurisprudencial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 738, julio-agosto. 2013. Pags. 2650-2666 - Vlex: 458215318.

— «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Estudios jurisprudenciales. N.º 739, págs. 3423 a 3439.

IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 29 de abril de 2013, rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 257/2013. La Ley 37196/2013.
- STS de 29 de noviembre de 2013, rec. 494/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 757/2013. La Ley 186577/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 7 de abril de 2011, rec. 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 252/2011. La Ley 14425/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005, rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de sentencia: 903/2005. La Ley 10112/2006.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 9 de julio de 2002, rec. 482/1997. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 720/2002. La Ley 306/2003.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de junio de 2014, rec. 9/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 23/2014. La Ley 84484/2014.
- STSJA Sala de lo Civil y Penal, de 19 de marzo de 2014, rec. 47/2013. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Núm. de Sentencia: 14/2014. La Ley 28585/2014.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 25 de julio de 2013, rec. 18/2013. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 126762/2013.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de julio de 2013, rec. 7/2013. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 28/2013. La Ley 117215/2013.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 28 de septiembre de 2012, rec. 14/2012. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 30/2012. La Ley 164364/2012.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 11 de febrero de 2014, rec. 576/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 68/2014. La Ley 16388/2014.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014, rec. 472/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 31/2014. La Ley 16376/2014.
- SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 20 de diciembre de 2013, rec. 322/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 643/2013. La Ley 212480/2013.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 8 de julio de 2011, rec. 742/2010. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 338/2011. La Ley 147933/2011.
- SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 18 de julio de 2008, rec. 1179/2007. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 526/2008. La Ley 135077/2008.

- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 6 de junio de 2011, rec. 457/2010. Ponente: Miguel Ángel LARROSA AMANTE. Núm. de Sentencia: 172/2011. La Ley 102908/2011.
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 12 de mayo de 2008, rec. 535/2007. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 157/2008. La Ley 199000/2008.
- SAP de Granada, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2008, rec. 522/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 30/2008. La Ley 144900/2008.
- SAP de Albacete, Sección 1.^a, de 28 de abril de 2005, rec. 71/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Núm. de Sentencia: 113/2005. La Ley 95218/2005.
- SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 29 de junio de 2004, rec. 437/2004. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 417/2004. La Ley 153078/2004.
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 2 de marzo de 2001, rec. 269/2000. Ponente: Matías Manuel SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS. Núm. de Sentencia: 57/2001. La Ley 8813/2001.
- SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002, rec. 216/2001. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUI. Núm. de Sentencia: 71/2002. La Ley 28483/2002.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de febrero de 2000, rec. 829/1999. Ponente: José M.^a BACHS ESTANY. La Ley 31669/2000.
- SAP de Cuenca, de 7 de julio de 1999, rec. 362/1998. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. La Ley 107240/1999.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2014, rec. 20/2013. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Núm. de Sentencia: 35/2014. La Ley 87656/2014.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de abril de 2014, rec. 104/2013. Ponente: José Francisco VALLS GOMBAU. Núm. de Sentencia: 27/2014. La Ley 70511/2014.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Berga, de 26 de marzo de 2014, rec. 4/2012. Ponente: Pablo RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. Núm. de Sentencia: 9/2014. La Ley 82549/2014.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Baracaldo, de 30 de junio de 2013, rec. 51/2013. Ponente: Blanca LLARÍA IBÁÑEZ. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 120624/2013.
- Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Alicante de 22 de enero de 2010, rec. 50/2009. Ponente: María Cristina COSTA HERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 3/2010. La Ley 326864/2010.

X. LEGISLACIÓN CITADA

- Artículo 92 del Código Civil
- Artículo 233-11.3 del Código Civil.
- Artículo 80. 6º CDFa. BOA, núm. 67, de 29 de marzo de 2011, páginas 6490 a 6616.
- Artículo 4.1º y 2º de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. DOCV 5 de abril de 2011. BOE 25 de abril de 2011.

- Circular 4/2005 de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Fiscalía General del Estado. La Ley 120/2005.

NOTAS:

¹ El ministerio de Justicia está trabajando en el ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO cuya Exposición de Motivos indica que «Una de las medidas más delicadas a adoptar es la de la guarda y custodia (términos que se complementan y que no se excluyen) o régimen de convivencia y el de las relaciones familiares de los progenitores con los hijos. La introducción del artículo 92 bis del Código Civil tiene como objeto introducir los cambios necesarios para conseguir un sistema legal donde desaparezcan las rigideces y las preferencias por la custodia monoparental del actual artículo, pero sin establecer la custodia y guarda compartida como preferente o general, debiendo ser el Juez en cada caso concreto, y siempre actuando, no en interés de los progenitores, sino en interés del menor; quien determine si es mejor un régimen u otro, y quien regule los distintos aspectos y el contenido de las relaciones parentales, sin que la guarda y custodia compartida implique necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero sí en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia. *Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez, si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.*»

Continúa diciendo que «Para determinar el régimen de guarda y custodia, el Juez recabará informe del Ministerio Fiscal, sin que tenga carácter vinculante de conformidad con la doctrina de la STC 185/2012, de 17 de octubre, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor y el dictamen de los expertos, en el caso que lo considere necesario, así como la concurrencia o no de todos aquellos criterios relevantes para el bienestar del hijo, como edad, arraigo social, escolar y familiar de los menores; relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; el apoyo con el que cuenten, la situación de sus domicilios o el número de hijos».

² Ha sido casual que justamente a la hora de enviar el texto objeto de comentario a la imprenta (4 de agosto de 2014), saltara la noticia, con gran repercusión mediática de la condena a España de la ONU por negligencia policial y judicial en un asesinato machista. La ONU obliga a indemnizar a la madre y a tomar medidas para que se tengan en cuenta los antecedentes de malos tratos en la concesión de custodias. Es la primera vez que un tribunal internacional condena a España por negligencia en materia de violencia de género. Este caso fue denunciado hace dos años por la ONG Women's Link Worldwide ante el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Y el dictamen del CEDAW es contundente. Considera que la negligencia de jueces y policías provocó la muerte de la pequeña Andrea a manos de su padre y condena al Estado español por no proteger a Ángela y a su hija (asesinada por el progenitor en 2003), por no haber castigado al maltratador y por no haber indemnizado a la madre por los daños causados.

En su resolución, el CEDAW establece una serie de recomendaciones y obligaciones. En primer lugar obliga a España a reparar de manera adecuada y a indemnizar integralmente a Ángela González. En segundo lugar, le obliga a volver a investigar su caso para determinar los fallos que existieron y que causaron que su hija y también ella estuvieran desprotegidas.

Además, la ONU exige a España que tome medidas adecuadas y efectivas para que los jueces tengan en cuenta los antecedentes de violencia a la hora de conceder las custodias con el fin de garantizar la seguridad de la víctima y de sus hijos.

También obliga a que los jueces, juezas y personal administrativo reciban formación obligatoria sobre estereotipos de género.

En su dictamen, el CEDAW reconoce la labor desarrollada por España en la lucha contra el maltrato con la Ley Integral contra la Violencia de Género, con medidas de concienciación, educación y capacitación. Sin embargo, identifica que persisten costumbres y prácticas por parte de jueces, fiscales, trabajadores sociales y otros agentes que constituyen una discriminación contra las mujeres y se traducen en estereotipos de género en el sistema judicial que llevan a que no se proteja de manera efectiva a las mujeres víctimas ni a sus hijos.

Además el Estado español tiene un plazo de seis meses para enviar al Comité las medidas que haya tomado en cumplimiento de esta resolución.

³ «La atropellada redacción del precepto (art. 173.2 CP) del que se pueden derivar hasta tres tipos de violencia: doméstica, de género y asistencial, no debe hacernos olvidar que el bien jurídico que protege... es la integridad moral, como manifestación de la dignidad de la persona... Esta categorización no supone un contraargumento con la posición de exigencia de la convivencia para la tipificación de los delitos de violencia doméstica.

A nadie escapa y es un hecho constatable que es el hogar familiar donde se desarrollan las relaciones más seguras y duraderas y el lugar donde suelen concurrir el mayor número de supuestos de maltrato, independientemente de la víctima, siendo en este ambiente donde los maltratos son más fáciles de realizar por la desigualdad física existente entre los miembros unidos por lazos familiares o incluso desigualdad jerárquica que culturalmente preside las relaciones familiares. Asimismo, en ese núcleo es donde los menores (descendientes) y ancianos (ascendientes) son los principales grupos de riesgo y, por tanto, las principales víctimas propiciatorias por su indefensión e incapacidad para acusar al agresor dada su dependencia. Otro argumento para fundamentar nuestra posición es que la protección de los ascendientes y descendientes consagrada en el Código Penal de 1995 tenía como fundamento la situación de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que ha permitido entenderlo como lesivo, en primer término, de la dignidad humana». CUCHI DENIA, Javier M.: «La convivencia como presupuesto de los delitos de violencia doméstica», en *Diario La Ley*, núm. 7063, Sección Doctrina, 25 Nov. 2008, Año XXIX, Ref. D-337, Editorial *La Ley*. La Ley 41001/2008.

⁴ En este caso se solicitaba la modificación de medidas ya que se ha venido ejerciendo un régimen de atribución de custodia de la hija menor a la madre y el padre fue condenado por delito de maltrato familiar. El juzgador entiende que la remisión definitiva de la condena no puede ser apreciada por el solo transcurso del plazo de su suspensión sino que exige la existencia de resolución judicial expresa. El padre no solo está incurrido en causa penal por ese delito, sino que fue efectivamente condenado. No se ha acreditado una alteración sustancial de las circunstancias que justifique el cambio de custodia pretendido por el padre. SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 12 de mayo de 2008, rec. 535/2007. Ponente: Mauricio MUÑOZ FERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 157/2008. La Ley 199000/2008.

⁵ Aunque se justifica la suspensión de la condena impuesta ese delito por tiempo de 2 años, con posible transcurso desde entonces del plazo establecido de la suspensión, aquel se encontraba vigente al tiempo de presentación de la demanda, no se ha justificado debidamente la remisión definitiva de la condena, remisión que no puede ser apreciada por el solo transcurso del plazo de suspensión de la condena, ya que exige la existencia de resolución judicial en que así sea acordada y en todo caso resulta que, no es que el demandado esté incurrido en causa penal por ese delito, sino que fue efectivamente condenado.

⁶ Así se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, aunque con referencia a los divorcios de parejas europeas que no tuviesen la misma nacionalidad: «según la Cámara, la suspensión del derecho de visitas solo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto».

Y nuestra propia doctrina jurisprudencial expresada en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 9 de julio de 2002, (rec. 482/1997. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 720/2002. La Ley 306/2003) que afirma que «El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los

hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho solo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 [RJ 1992/8083] y 22-5 y 21-7-1993 [RJ 1993/6175]).

Vid. IGLESIA MONJE, M.^ª I.: «Evolución de la supresión y restricción del derecho de visita del progenitor no custodio desde el estudio jurisprudencial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Estudios jurisprudenciales. Núm. 739, págs. 3423 a 3439.

⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 7 de abril de 2011, rec. 1580/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 252/2011. La Ley 14425/2011

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2013, rec. 2525/2011. Ponente: José Antonio SELIAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 257/2013. La Ley 37196/2013 y la STS de 29 de noviembre de 2013, rec. 494/2012. Núm. de Sentencia: 757/2013. La Ley 186577/2013.

⁹ La Circular 4/2005 de 18 de julio de 2005 de la Fiscalía General entendió que «la nueva figura agravada de *maltrato doméstico* del apartado 1º que establece —El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...— consiste la *conducta típica* en causar por cualquier medio o procedimiento *menoscabo psíquico o una lesión* no definida en el Código Penal como delito, o golpear o maltratar de obra sin causar lesión. Se mantiene por tanto la redacción anterior a excepción de las amenazas leves con armas que se trasladan a los delitos contra la libertad.

Y en relación con los *sujetos activo y pasivo del tipo*, es preciso diferenciar los dos supuestos incriminados en este apartado:

a) *cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...* indica que sujeto activo solo puede serlo el hombre y sujeto pasivo la mujer sobre la que aquel ejerce violencia derivada de una actual o anterior relación de pareja, aun sin convivencia. Otras posibles combinaciones en las que aparezcan implicados en los hechos objeto de persecución penal los sujetos previstos en el artículo 173.2 Código Penal (sujeto activo mujer, sujeto pasivo mujer no vinculada al agresor por relación de pareja) quedarán relegados al apartado segundo del artículo 153 Código Penal.

b) cuando el ofendido sea *persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*. Como el concepto no viene definido en la ley se entiende por «vulnerable», «que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente». Por convivencia se entenderá tanto la de carácter permanente como la que tiene lugar periódicamente, como por ejemplo la derivada del régimen de visitas o custodia compartida de hijos menores de edad ... (Circular 4/2005 de 18 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Fiscalía General del Estado. La Ley 120/2005.)

¹⁰ SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 8 de julio de 2011, rec. 742/2010. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 338/2011. La Ley 147933/2011, el juzgador entendió que existía una adecuada atribución de la custodia de los hijos a favor de la madre, que los ha atendido desde su nacimiento y tras la ruptura. Además está consolidado el arraigo de los menores en nuestro país, no es beneficioso para ellos el traslado que pretende el padre a su país de origen. En consecuencia resulta inviable establecer un sistema de custodia compartida.

¹¹ SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 18 de julio de 2008, rec. 1179/2007. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Sentencia: 526/2008. La Ley 135077/2008.

¹² STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de abril de 2014, rec. 104/2013. Ponente: JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU. Núm. de Sentencia: 27/2014. La Ley 70511/2014.

¹³ SAP de Murcia, Sección 5ª, de 6 de junio de 2011, rec. 457/2010. Ponente: Miguel Angel LARROSA AMANTE. Núm. de Sentencia: 172/2011. La Ley 102908/2011.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Baracaldo, de 30 de junio de 2013, rec. 51/2013. Ponente: Blanca LLARIA IBÁÑEZ. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 120624/2013.

¹⁵ Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Alicante de 22 de enero de 2010, rec. 50/2009. Ponente: María Cristina COSTA HERNÁNDEZ. Núm. de Sentencia: 3/2010. La Ley 326864/2010.

¹⁶ La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 19 de mayo de 2014, rec. 20/2013. Ponente: Juan Manuel ABRIL CAMPOY. Núm. de Sentencia: 35/2014. La Ley 87656/2014.

¹⁷ Sens perjudici que a aquesta Sala li causa estranyesa la denegació de les proves documentals i testificals relatives a l'acreditació d'un o més episodis de violència de gènere, perquè si bé és cert que el seu coneixement correspon a la jurisdicció penal, no ho és menys que els òrgans judicials civils tenen la necessitat de conèixer l'existència d'aquests fets a l'hora de determinar l'exercici de la guarda dels menors...

Des d'aquesta òptica, les proves adreçades a acreditar els indicis fonamentats d'episodis de violència masclista i si el fill menor ha estat o no víctima directa o indirecta difícilment poden ésser qualificades com a inadmissibles. Nogensmenys el que s'acaba d'afirmar, la part recurrent no fonamenta el seu recurs d'infracció processal en la indefensió o limitació dels seus mecanismes de defensa, fonamentat en la denegació de les proves adreçades a acreditar la violència masclista i la presència del menor, de manera que no es pot valorar més que per la Sala l'existència d'una ordre de protecció, per amenaces, dictada el 14-06-2011 i que va caducar sis mesos després sense que s'hagués interessat la seva pròrroga i les referències a dos episodis de violència de gènere de dates 25-12-2010 i 12-06-2011. En efecte, malgrat aquest dèficit probatori quant a aquest extrem, essencial per a l'acreditació del supòsit de fet de l'article 233-11-3 del Còdigo Civil, la recurrent justifica el seu recurs d'infracció processal en aquest primer motiu en la manca de motivació de la resolució recorreguda.

¹⁸ Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Berga, de 26 de marzo de 2014, rec. 4/2012. Ponente: Pablo RODRÍGUEZ GONZÁLEZ. Núm. de Sentencia: 9/2014. La Ley 82549/2014.

¹⁹ Respecto este procedimiento con número DP 10/12 seguido en este juzgado, por tener competencia exclusiva en materia de violencia de género, se acordó el sobreseimiento provisional, ex artículo 641.1 de la LEC, de la causa, mediante auto de fecha 13 de abril de 2012.

²⁰ Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. *DOCV* 5 de abril de 2011. *BOE* 25 de abril de 2011.

²¹ La SAP Alicante, Secc. 9.^a, 410/2013, de 12 de julio (rec. 356/2013). Ponente: La Ley 125056/2013 y la SAP de Alicante, Secc. 9.^a 563/2013, de 30 de octubre (rec. 534/2013), explican que «se establece, por tanto, como regla general un régimen de convivencia compartida y, de forma excepcional, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. El legislador autonómico ha instaurado una suerte de presunción *iuris tantum* de que el régimen de convivencia más beneficioso para un menor cuyos padres ya no conviven juntos es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues este es, en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a los progenitores».

²² El artículo 5.6 dice que «Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

Quando se dicte resolució judicial que ponga fin al procediment, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares».

²³ SAP de Alicante, Sección 9.^a, de 17 de marzo de 2014, rec. 212/2013. Ponente: José Manuel VALERO Díez. Núm. de Sentencia: 134/2014. La Ley 45258/2014 «La madre despliega una conducta expresamente dirigida a eliminar en lo posible el contacto de las hijas con su padre y, por supuesto, anular toda posibilidad de custodia compartida. Incluso cuando solicita plazas, busca de las más alejadas para entorpecer todavía más, si es posible, los

derechos de las hijas a relacionarse con su padre. Actúa de modo unilateral y sorpresivo, vulnerando los legítimos derechos del padre como titular también de la patria potestad. Acude a métodos de denuncia en los dos aspectos que más pueden dificultar la concesión del régimen de custodia compartida: los abusos sexuales con menores y los delitos de maltrato familiar. Sin olvidar que desde un principio pone todo tipo de trabas al padre para relacionarse con las menores. En definitiva, actúa directamente en perjuicio de sus hijas. Situación que la Sala, no puede consentir.

Sin embargo, tampoco concurren los factores excepcionales que permitan un cambio radical de guarda y custodia, atribuyéndola en exclusiva al padre. Porque independientemente de la conducta de la madre, lo cierto es que por lo razonado es más beneficioso el régimen de guarda y custodia compartida para las menores. No obstante, teniendo presente dicha conducta, y por las razones antes expuesta de arraigo social y escolar de las menores, el domicilio de las mismas se fija en el Pilar de la Horadada, salvo que por circunstancias sobrevenidas distintas de las ahora concurrentes, por mutuo acuerdo de los padres, o por autorización judicial, se modifique dicho lugar de residencia».

²⁴ SAP de Valencia, Sección 10ª, de 11 de abril de 2014, rec. 1114/2013. Ponente: Olga CASAS HERRÁIZ. Núm. de Sentencia: 247/2014. La Ley 68007/2014

En este supuesto «El informe pericial judicial y lo postulado por el Ministerio Fiscal mantienen en la guarda y custodia del menor a la madre». Y ello porque no existen garantías de que la modalidad de custodia compartida pueda ser ejercida de forma que beneficie al menor. Pues durante la convivencia de los progenitores del menor, fue la madre quien asumió la crianza del menor de forma más activa, hasta el punto de que la madre renunció a una oferta de trabajo para asumir el cuidado presencial del menor, e incluso con posterioridad, con ocasión de la separación de los progenitores se acordó que fuese la madre quien asumiese el cuidado del menor, que en aquel momento era lactante, pero es más, examinado el ajuste personal del progenitor consta que su estilo comunicativo puede ser percibido como agresivo o impositivo, ...la impulsividad del Sr. Hipolito le lleva a no valorar adecuadamente las consecuencias de sus actos, lo que puede ser indicativo de un déficit en la capacidad de empatía hacia las necesidades reales del menor».

²⁵ SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 30 de enero de 2014, rec. 70/2013. Ponente: Manuel Benigno FLÓREZ MENÉNDEZ, Núm. de Sentencia: 27/2014. La Ley 43582/2014. «También es cierto que alguna de las razones expuestas en la sentencia para no establecer este régimen son irrelevantes (como la residencia actual de los menores en Ibiza y del padre en Castalla, debido a la escasa distancia entre ambas poblaciones) o poco consistentes (como el hecho de no haber tomado el padre la iniciativa para solicitar medidas judiciales en relación con los hijos, circunstancia que no es necesariamente reveladora de falta de interés por ellos). Ahora bien, además del resto de lo razonado por el Juzgado, la Sala aprecia en función de las pruebas documentales aportadas tanto con los escritos de alegaciones como en el acto del juicio un grave deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges, que les ha llevado a denunciarse mutuamente por un variado elenco de infracciones penales, tales como violencia doméstica, agresión sexual, quebrantamiento de condena, incumplimiento del régimen de visitas, daños, injurias, etc., de cuyas pruebas se deduce que las malas relaciones entre ellos exceden con mucho de los parámetros que el artículo 5-2 de la Ley 5/2011 considera compatibles con este régimen, en términos que aparentan una absoluta imposibilidad para alcanzar los acuerdos y la cooperación indispensables para el desarrollo de este de manera que a la postre la custodia compartida sería contraria al interés de los menores».

²⁶ SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 10 de febrero de 2014, rec. 982/2013. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Núm. de Sentencia: 78/2014. La Ley 35190/2014 «consta acreditado en autos la existencia de fundados indicios de violencia doméstica, tanto por la condena ya dictada como por los procesos iniciados pendientes de resolver por quebrantamiento de condena, lo que unido a las malas relaciones de las partes hacen inviable, de momento, el establecimiento de la custodia compartida solicitada».

²⁷ SAP de Valencia, Sección 10ª, de 29 de abril de 2014, rec. 1330/2013. Ponente: Ana Vega PONS-FUSTER OLIVERA. Núm. de Sentencia: 275/2014. La Ley 71373/ 2014. «La mala relación entre las partes no es factor que excluya de la convivencia conjunta: el apelante invoca el error en la apreciación de la prueba, ya que la sentencia no ha valorado unos hechos que

a su juicio resultan ilustrativos de la mala relación entre las partes, incidencias en el PEF, denuncia de la Sra. Erica por malos tratos que fue desestimada, mal uso de las pensiones alimenticias, manifestaciones de la expareja de la demandada por violencia física sobre las menores... Censura que tampoco podemos compartir ya que ni la sentencia tiene porqué recoger todos los hechos que han salido a la luz a lo largo del procedimiento, sobre todo si no son determinantes de la resolución que vaya a adoptarse, y respecto a las manifestaciones de violencia de la expareja de la apelada, la sentencia despeja con acierto tales sospechas al hacer ver que la hija del Sr. Julio también está conviviendo con su madre, lo que no se toleraría de ser cierta la alegada conducta agresiva».

²⁸ BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011, págs. 6490 a 6616.

²⁹ Artículo 80, 6º: «No procederá la atribución de la guarda y custodia a uno de los progenitores, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género».

³⁰ STSJA Sala de lo Civil y Penal, de 19 de marzo de 2014, rec. 47/2013. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Núm. de Sentencia: 14/2014. La Ley 28585/2014.

³¹ STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de julio de 2013, rec. 7/2013. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 28/2013. La Ley 117215/2013.

³² STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de junio de 2014, rec. 9/2014. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 23/2014. La Ley 84484/2014.

³³ STSJA, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 25 de julio de 2013, rec. 18/2013. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 126762/2013. No se considera beneficioso para el menor que se atribuya a ambos progenitores de forma compartida. Los informes psicológicos aconsejan la custodia materna. El menor es reacio a compartir tiempo con su familia paterna extensa, siendo la madre su principal referente y con quien tiene un mayor vínculo afectivo. El padre no dispone de espacio para el niño, al vivir con su hermano y sus padres en casa de estos, y no tiene un horario laboral fijo.

³⁴ SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 28 de enero de 2014, rec. 472/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 31/2014. La Ley 16376/2014. No se acredita la concurrencia de elementos suficientes para considerar la custodia individual como más conveniente para el interés del menor, no siendo suficiente para ello la conflictividad existente entre los progenitores que ha motivado la ruptura matrimonial, pues la misma se puede producir no solo en los casos de custodia compartida, sino también en los de custodia individual, ni tampoco la corta edad del menor si no concurren otros factores adicionales que impongan una especial atención por parte de la madre, ni, por último, los horarios laborales de los padres, debiendo el padre asumir las responsabilidades que le incumben en la crianza y educación del menor, sin que conste incapacidad alguna del mismo para afrontar tales necesidades. No cabe atribuir a los abuelos de obligaciones propias de los progenitores, pero ello no debe suponer una prohibición de prestar la colaboración puntual y voluntaria que decidan para facilitar el mejor cumplimiento de las obligaciones parentales.

³⁵ STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 28 de septiembre de 2012, rec. 14/2012. Ponente: Emilio MOLINS GARCÍA-ATANCE. Núm. de Sentencia: 30/2012. La Ley 164364/2012.

³⁶ Por otro lado, en el presente caso se constata que al tiempo de interponerse la demanda de modificación de medidas instada ni posteriormente el apelado se encontraba incurso en proceso penal de tipo alguno. Tampoco se observa de la prueba practicada la existencia de indicios fundados de violencia de género. *Sí existe acreditada una condena por coacciones* mucho tiempo antes de iniciado el presente proceso, en concreto en el año 2007, pero sobre el cual todo induce a sostener por el transcurso del plazo desde la condena que *las responsabilidades penales se hallen extinguidas, antes incluso de que tuviera lugar la regulación de la custodia compartida en el Derecho aragonés, por lo que la situación no se subsume en el supuesto previsto.*

³⁷ SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 11 de febrero de 2014, rec. 576/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 68/2014. La Ley 16388/2014.

³⁸ SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 20 de diciembre de 2013, rec. 322/2013. Ponente: Luis Alberto GIL NOGUERAS. Núm. de Sentencia: 643/2013. La Ley 212480/2013.

³⁹ SAP de Teruel, de 30 de octubre de 2012, rec. 31/2012. Ponente: María de los Desamparados CERDA MIRALLES, Núm. de Sentencia: 117/2012. La Ley 175513/2012.

⁴⁰ Sentencia que es importante porque el Juzgador advierte en su resolución que «le consta al Tribunal, pues así se reveló en el acto de la vista, que, si bien en el momento de la exploración por este ponente de las menores, Sandra vivía con su padre y su abuela, y Lorena con su madre; sin embargo, a fecha del acto de la vista celebrado por este Tribunal. Lorena ya se había ido a vivir con su padre. Ello ha devenido en que sean las hijas las que decidan la cuestión de hecho, y las mismas no son las llamadas a tomar tal decisión pues carecen por su edad de la capacidad para tomarla sin perjuicio de que pueden y deben ser oídas.

⁴¹ SAP de Granada, Sección 5.^a, de 25 de enero de 2008, rec. 522/2007. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Núm. de Sentencia: 30/2008. La Ley 144900/2008, indica que: «Considerándose por esta Sala ajustada a los mismos el progresivo régimen de visitas establecido, sobre la base de las indicaciones del informe psicosocial, dadas las nulas relaciones entre progenitor y su hija y la necesidad de que la menor cuente con la referencia paterna. El temor que puede abrigan la recurrente, dada la conducta previa del demandado, no ha dejado de tenerlo en cuenta la juzgadora de instancia, y de ahí la inicial limitación de las visitas a hora y media semanal los viernes progresivamente ampliada si la supervisión de los profesionales que las controlan evidencia un beneficio para el menor, hasta llegar a un régimen normalizado si se confirma la evolución favorable y supeditada a un procedimiento de modificación. Es un régimen prudente y equilibrado que debe ser mantenido en sus propios términos no procediendo pues la suspensión del mismo por el momento y sin perjuicio de los resultados de su evolución».

⁴² GUTIÉRREZ ROMERO, FRANCISCO Manuel, «Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas», en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, de 1 de octubre de 2010, Ref. D-291, Editorial La Ley.

⁴³ SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 5 de febrero de 2002, rec. 216/2001. Ponente: José Javier SOLCHAGA LOITEGUIL. Núm. de Sentencia: 71/2002. La Ley 28483/2002. Que va más allá y establece la privación de la patria potestad y de las visitas, respecto del padre ante su carácter violento, las agresiones y amenazas proferidas por este a la madre en presencia de sus hijos, las cuales continuaron tras la separación. Las agresiones y amenazas del progenitor han continuado pese a la separación, extendiéndose a otros miembros de la familia de Herminia T., como queda acreditado a través de la testifical practicada. En la actualidad, la situación de los menores se encuentra normalizada, gozan de seguridad económica y afectiva, que no conviene alterar; así, según informe efectuado por la psicóloga, Mónica presenta pequeños pero intensos recuerdos de vivencias de agresión y tensiones unidas al recuerdo que tiene de su padre, que le provocan angustia y rechazo.

⁴⁴ STS Sala Primera de lo Civil, de 21 de noviembre de 2005, rec. 5030/2000. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de sentencia: 903/2005. La Ley 10112/2006. En ella se dice que: «Aquí tenemos una sentencia firme penal condenatoria que vincula a la Jurisdicción Civil en cuanto a los hechos declarados probados (sentencias de 26 de septiembre de 1994, 28 de marzo de 1996 y 31 de octubre de 1998) y los mismos ponen bien de manifiesto la conducta agresiva y violenta del padre hacia el hijo y con ello el peligro que para este puede suponer mantener relaciones personales en los actuales momentos, al concurrir tanto graves circunstancias como justas causas para poder decretar la suspensión del derecho de visita, respecto a lo cual los juzgadores gozan de amplias facultades discrecionales, que aquí no se establece con carácter definitivo para dejar abierta su modificación según las circunstancias futuras concurrentes».

⁴⁵ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 7 de febrero de 2000, rec. 829/1999. Ponente: José M.^a BACHS ESTANY. La Ley 31669/2000. Tras el internamiento en prisión del padre de los menores y existencia además, de drogodependencia, son los propios hijos los que muestran reticencias a visitar al padre en prisión. Escasez de visitas a los hijos en los últimos años, y cuando estas se produjeron fueron psicológicamente perjudiciales para los menores. Posibilidad de reanudación de las relaciones, una vez haya cumplido sus actuales condenas y rehabilitado de su dependencia de la droga. En su fallo se acuerda «la suspensión de presente

de las visitas y contactos entre el demandado y sus hijos, en el sentido de que procede establecer que, para cuando salga en libertad definitiva, siempre y cuando se constate merced a un seguimiento del SATAV que se halle rehabilitado de su tóxicodependencia y se esté en condiciones —que ello no perjudique a los menores, no les resulte traumático y se haya trabajado la situación con colaboración de ambos— se instaurará un régimen progresivo de encuentros primero y de visitas después, que deberá cumplimentarse en ejecución de sentencia cuando se reúnan todas estas condiciones».

⁴⁶ SAP de Cuenca de 3 de febrero de 1999: «Para ello tuvo en cuenta el juzgador el informe de la Unidad de Salud Mental INFANTO-JUVENIL acerca del alcoholismo del ahora recurrente, informe ciertamente escueto y no apoyado en oportuno seguimiento del interesado, y sobre todo, en los resultados de la exploración de los menores Yésica y Gabriel, lo que conduce al juez a la necesidad en que se encuentra de acordar el mantenimiento de la suspensión del derecho de visitas, si bien articulando las condiciones para que en ejecución de sentencia se restablezca la relación paterno-filial».

⁴⁷ SAP de Barcelona, Sección 1.ª, 11 de febrero de 1999, psicosis maníaco depresiva: Su padecimiento le priva de capacidad crítica y su inmadurez le impide tener consciencia del límite entre lo correcto y lo incorrecto, y le conduce a un comportamiento a veces irresponsable, precisando de un tratamiento psicoanalítico.

⁴⁸ SAP de Cuenca, de 7 de julio de 1999, rec. 362/1998. Ponente: Leopoldo PUENTE SEGURA. La Ley 107240/1999. En este supuesto ambos padres han sido adictos a las drogas, pero actualmente la madre está rehabilitada. No obstante la hija mayor se niega a convivir con su padre. Se suspenden las visitas con pernocta y se limitan a los días domingo de cada semana, ...en esas visitas dominicales que van a seguir manteniéndose, es donde podrán potenciarse las hoy delicadas relaciones entre padres e hijas y conforme conviene a los deseos del padre y a la conveniencia de las propias menores, acaso no esté lejano el día en que el régimen de visitas que ahora se confirma pueda ser ampliado de forma notable, sin necesidad de violentar los deseos de las menores y desde luego y sobre todo, sin poner en riesgo el mejor desarrollo de su propia personalidad».

⁴⁹ SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005, (rec. 71/2005. Ponente: Manuel MATEOS RODRÍGUEZ. Núm. de Sentencia: 113/2005. La Ley 95218/2005, en la que el padre presenta problemas con el alcohol, tiene esquizofrenia paranoide y envía mensajes amenazadores al móvil de la madre, lo cual no prueba que afecte a sus deberes como padre, pues «estando la enfermedad del padre actualmente controlada, no hay razones para privarle del contacto con su hijo, aunque la Sala considera oportuno introducir una cautela adicional: exigir al demandante que acredite a satisfacción del responsable del «Punto de Encuentro» y mediante certificado emitido por el centro sanitario público donde se le atienda, que ha seguido el tratamiento psiquiátrico que le haya pautado durante el mes anterior a la visita, y que su enfermedad está compensada. Con ello se evitan los posibles peligros que las visitas pudieran entrañar para el menor».

⁵⁰ En la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 29 de junio de 2004, (rec. 437/2004. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 417/2004. La Ley 153078/2004) el padre tenía un amplio historial delictivo, había sido condenado por maltrato de obra y amenazas a la madre e incumplir las obligaciones de carácter económico, aunque al probarse que haya perpetrado conductas específicamente lesivas para el interés de los hijos no se le priva de la patria potestad. Ni se restringe o suprime el derecho de visita.

⁵¹ La SAP de Murcia, Sección 5.ª, de 2 de marzo de 2001, (rec. 269/2000. Ponente: Matías Manuel SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALAS. Núm. de Sentencia: 57/2001. La Ley 8813/2001) estableció un régimen de visitas a favor de un padre que asesinó al compañero sentimental de la madre en presencia del hijo. En la sentencia se dice que «el contacto del hijo con el padre ha de ser beneficioso para el mismo en cuanto aceptación de la realidad y el percibo del cariño y la atención del otro progenitor... en todo caso, los encuentros entre padre e hijo deben ser paulatinos».

1.2. FAMILIA

El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia

The superior interest of the minor and the attribution of the guard and custody

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La crisis matrimonial o de pareja comporta la necesidad de tomar una serie de medidas entre las que se encuentra la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Aunque la regla general es la atribución de la misma a los padres de forma individual, en exclusiva, o de forma compartida, excepcionalmente se puede encomendar a un tercero, habitualmente los abuelos, pero también es posible hacerlo a otros parientes o incluso a personas sin vínculo de parentesco que lo consintieren, y a falta de los mismos a una institución pública, previa declaración de desamparo. El presente estudio se va a centrar en la atribución de la guarda y custodia a un tercero distinto de los progenitores.

ABSTRACT: *The matrimonial crisis or unmarried couples to take a series of measures between that there is the guard and custody of the children minors. Though the general rule is the attribution of the same one to the parents of individual form, in sole right or of shared form, exceptionally it is possible to entrust to a third party, habitually the grandparents, but also it is possible to do it to other relatives or even to persons without link of kinship that they it will consent and for lack of the same ones to on institutions it publishes, previous declaration of abandonment. The present study is going to centre on the attribution of the guard and custody to a third party different from the progenitors.*

PALABRAS CLAVES: Guarda y custodia. Interés del menor. Patria potestad. Derecho de visitas. Abuelos. Parientes. Medidas provisionales y medidas definitivas

KEY WORDS. *Guard and custody. Interest of minor. Parents. Righ of visits. Grandparents. Relatives. Provisional measures and definitiva measures.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO PREVALENTE PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA.—III. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA.—IV. LA EXCEPCIONALIDAD Y PROVISORIALIDAD DE LA MEDIDA DE LA GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO.—V. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PROGENITORES.—VI. ALCANCE DE LA GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad en su configuración jurídico-positiva actual, procedente de la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se define como una función que debe ser ejercitada en beneficio de los hijos, en la que se integra un conjunto de derechos, que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados. Supone un conjunto de derechos y deberes que determina su calificación como función que se ejerce en interés y beneficio de los hijos y donde la actuación de los padres debe estar presidida por el respeto a la personalidad de estos, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal demanda. Solo los padres pueden ser titulares de la misma, y como tal institución, las facultades que la integran tienen el carácter de intransferible, irrenunciable, imprescriptible e indisponible y de carácter social (PÉREZ ÁLVAREZ, 2008, pág. 352)¹. Se impide al titular el abandono de las finalidades que su cumplimiento persigue y no se otorga virtualidad extintiva a la dejación del ejercicio. En definitiva, lo que prima en esta institución es la idea de beneficio o interés de los hijos, conforme se establece dentro del Título VII «De las relaciones paterno-filiales», del Libro I del Código Civil, que regula los derechos y deberes de los padres, que derivan de la titularidad de la potestad (arts. 154 a 171).

En este contexto, la titularidad de la patria potestad de los hijos no emancipados, y como regla general el ejercicio de la misma, corresponde conjuntamente a los progenitores —patria potestad dual— (art. 154 párrafo primero CC). Esta potestad que corresponde a los padres sobre los hijos, pueden ejercerla ambos progenitores de la manera que estimen más conveniente, si bien, siempre ha de estar presidida por el interés o beneficio del menor (MARTÍN MORÓN, 1989, págs. 130-131; CASTÁN TOBEÑAS, 1982, págs. 109-111)². Lo cierto es que, el principio de primacía del interés del menor, la consecución de su beneficio, y el respeto a su personalidad, deben constituir los parámetros a los que se debe recurrir a los efectos de interpretar, integrar y aplicar el régimen jurídico de la patria potestad. De forma que, cuando en el ejercicio de la patria potestad, los padres incumplen los deberes inherentes a la misma, esto es, ponen en peligro el bienestar del menor, la intervención de los poderes públicos en la autonomía familiar está plenamente justificada; si bien tal nivel de intervención debe ser siempre proporcional a la necesidad de una adecuada protección del menor, y, asimismo, debe tenerse en cuenta que esta corresponde en primer lugar a los padres. No cabe duda que, la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo se estructuró sobre la base de tres objetivos: configurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; dar primacía al interés o beneficio del hijo, y el respeto de su personalidad; y, someter el ejercicio de la patria potestad a la intervención y vigilancia judicial, así, como en su caso, de la Administración Pública. Esta intervención y vigilancia determina que, el juez ha de resolver sobre el ejercicio de la patria potestad en caso de desacuerdo entre los progenitores —art. 156 CC—; asimismo, tendrá que decidir al cuidado de qué progenitor quedan los hijos menores de edad en los casos de separación de hecho, y a falta de acuerdo entre los padres —art. 159 CC—, autorizar determinados actos de disposición de bienes o derechos de los hijos por parte de sus progenitores (art. 166 CC); o cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, adoptar todas las providencias

que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes (art. 167 CC); y, en fin, sobre la base del artículo 158 del Código Civil «de oficio o a instancia de parte, del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal» habrá de dictar «dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria», todas aquellas medidas y disposiciones que tengan por finalidad atender a la protección personal y patrimonial del hijo. De forma que, ante un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales por parte de los progenitores, bien en proceso civil *ad hoc*, en un proceso matrimonial o en un proceso penal, el juez puede adoptar como medida excepcional de protección de menores, la privación de la titularidad y del ejercicio de la patria potestad, esto es, de los deberes y facultades inherentes a la misma, sin que ello afecte «*per se*» al vínculo legal de filiación, ni impida el ejercicio de determinados derechos, como el de visita. La patria potestad como un derecho-deber o como un derecho-función puede, por tanto, en determinados casos y por causa de esta concepción, restringirse o suspenderse, e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la ley, cuando sus titulares por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con daño y perjuicio para sus hijos. Esta vigilancia judicial se ve completada con la intervención de la Administración Pública en los casos en que el menor sometido a patria potestad se encuentra en situación de desamparo, esto es, cuando se vea privado de la necesaria asistencia moral y material —art. 172 CC—, con la consiguiente suspensión de la patria potestad. Como hemos señalado, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad es conjunta de ambos progenitores, ya lo sea mediante la actuación de ambos, o de uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (CASTILLO MARTÍNEZ, 2010, pág. 83)³; no obstante, esta regla general expuesta, el Código Civil también contempla determinados supuestos contenidos en el artículo 156 del Código Civil, en los que el ejercicio de la patria potestad es individual. En todo caso, cuando se produce la ruptura de la relación matrimonial o de pareja, si existen acuerdos entre los progenitores en el momento de la ruptura de la convivencia, la situación se inicia sin ánimo conflictivo o contencioso, y los beneficios de los acuerdos que se alcancen en el convenio, regulador repercuten en los hijos menores; sin embargo, cuando lo que se produce es una enorme conflictividad en esa crisis matrimonial o de pareja, las decisiones sobre la guarda y custodia, atribución del uso de la vivienda familiar, la pensión compensatoria y la pensión de alimentos, se resuelve por el juez y, se concretan en el pronunciamientos de las medidas definitivas previo informe del Ministerio Fiscal, pensando siempre en el interés del menor o menores, consagrado en nuestro ordenamiento como principio rector que debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero).

Ahora bien, en nuestro derecho el concepto de guarda y custodia se vincula con la atención y cuidado del menor que se tiene en su compañía, ejercido mediante la convivencia más o menos permanente con el hijo; y, en su determinación se plantea la alternativa de si el ejercicio de la patria potestad debe serle atribuido a uno solo de ellos (o quizá, en situación excepcional, incluso a un tercero como, por ejemplo, a los abuelos), de manera individual y exclusiva; o si, por el contrario, se procede a la llamada guarda y custodia compartida, modalidad esta última establecida legalmente por la Ley 15/2005, de 8 de julio. En principio, en los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, el convenio regulador judicialmente homologado debe contener la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta, y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el

progenitor que no viva con ellos [art. 90 A) CC]. Por su parte, la sentencia que recaiga en un proceso contencioso de separación, nulidad y divorcio debe, asimismo, contener un pronunciamiento —siempre fundado en beneficio o interés del menor— relativo a que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges, o que el cuidado de los hijos corresponde a uno u otro (art. 92.4 CC). De cualquier forma, en todos los supuestos descritos conviene precisar que, una modificación en la titularidad o ejercicio de los contenidos normales de la patria potestad puede tener lugar mediante la concentración, redistribución o alteración de las mismas. Así las cosas, en cuanto a los criterios que ha de tomar en consideración el juez para acordar el régimen de guarda y custodia exigirán tener en cuenta la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos (art. 92.6), el beneficio de los hijos, el procurar no separar a los hermanos, asimismo, se valorará positivamente la estabilidad laboral del progenitor frente a aquel que carece de trabajo fijo; que los menores no sufran cambios traumáticos en cuanto al colegio, población o ambiente cultural en el que venía desarrollándose; la disponibilidad horaria del progenitor para el cuidado de los hijos; y, la relación entre los hijos y la nueva pareja del progenitor, entre otros. También recabará el informe del Ministerio Fiscal; oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario por el juez, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, de los cónyuges, del Equipo Técnico Judicial o del propio menor (salvo que se trate de procesos contenciosos, en cuyo caso habrá de oír necesariamente a los hijos mayores de doce años y a los menores, si tienen juicio suficiente —art. 770.4ª LEC—). En consecuencia, el Juez deberá otorgar la guarda y custodia a aquel que ofrezca mejores garantías para la satisfacción de las necesidades materiales y morales de los hijos, teniendo en cuenta las circunstancias familiares, económicas, culturales y ambientales (MARÍN LÓPEZ, 2009, pág. 213)⁴. Por otra parte, es posible que se prive de la titularidad de la patria potestad a uno o a ambos progenitores (art. 170 CC). Si bien, tal medida debe ser adoptada con suma cautela y siempre ante casos claros y graves de incumplimiento de los deberes inherentes a ella. Asimismo, hay que señalar el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones, que alcancen a la patria potestad.

Sobre tales bases, en nuestro ordenamiento coexisten varios modelos de guarda: *a*. La guarda exclusiva ejercida solo por uno de los progenitores. Dentro de esta modalidad se ha de diferenciar los supuestos en los que los progenitores mantienen la titularidad y ejercicio común de la patria potestad frente a aquellos supuestos en los que uno de ellos no ejerce la patria potestad o no ejerce alguna de sus funciones; *b*. Guarda distribuida de los hijos o guarda alterna, representa una modalidad de alcance limitado y en cierta forma excepcional, pues, el Código Civil parte de procurar la no separación de los hermanos; de ahí que, cuando se opta por ello mediante pacto en convenio, o bien como medida en un proceso contencioso, resulta necesario que se justifique su adopción sobre la base de resultar una medida adecuada al superior interés de todos los hermanos. Es por ello importante que en el régimen de estancias entre los hijos se garantice no solo la relación paterno y materno filial, sino también la fraternal; *c*. La guarda conjunta o compartida o sucesiva. Dentro de ella cabe, asimismo, diferenciar: 1. Guarda compartida simultánea donde la convivencia de todo el núcleo familiar se mantiene bajo el mismo techo. Son supuestos en los que no se ha procedido a dividir la vivienda. 2. Guarda compartida a tiempo parcial con cambio de domicilio por parte de los menores: los hijos permanecen parte de tiempo con uno u otro progenitor, siendo posible la alternancia por días, por semanas, por meses o por años o cursos escolares. 3. La guarda compar-

tida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por los menores: son los padres los que entran y salen del único domicilio. *d.* La guarda atribuida a un tercero (art. 103 CC). Así pueden en tal caso ser titular de la guarda: los abuelos, o algún abuelo, los parientes (tíos, hermanos...); los allegados (personas con especial vinculación a los menores —cónyuges o parejas de los progenitores, padrinos, vecinos, amigos de la familia, etc.—; y una institución idónea, generalmente entidades públicas competentes en la protección de menores —guarda administrativa (art. 172.2 CC)—. Se trata de un supuesto excepcional, previsto como medida provisional y vinculada a la incapacidad de ambos progenitores para ejercerla de modo adecuado. La atribución de la guarda del menor a un tercero no implica automáticamente la privación de la patria potestad. En todo caso, el juez ha de acordar en su resolución qué funciones han de ejercer los guardadores. Si el juez no dice nada, los progenitores conservan la patria potestad, salvo en la función de guarda. Esta medida, no obstante, puede ser acordada de oficio por el juez sin que esté vinculada ni al principio dispositivo, de rogación y aportación de parte tanto como medida provisional o definitiva en un procedimiento matrimonial, como en cualquier procedimiento o momento procesal (art. 158.4). Al respecto es importante señalar que, el Código Civil catalán ha regulado específicamente la posibilidad de que tras la muerte de un progenitor, la autoridad judicial pueda con informe del Ministerio Fiscal, y de forma excepcional, atribuir la guarda y demás responsabilidades parentales al cónyuge o conviviente en pareja estable del progenitor difunto, si el interés del hijo lo requiere, y, además se dan dos requisitos: 1. Que este cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con el menor; 2. Que escuche al otro progenitor y al menor si tiene 12 años o tiene la suficiente capacidad natural (art. 236-15). Asimismo, el Derecho aragonés establece sobre la autoridad familiar del padrastro o la madrastra, que el cónyuge del único titular de la autoridad familiar sobre un menor que conviva con ambos comparte el ejercicio de dicha autoridad. Y que fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge pueda continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, asumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar (art. 8 del Código de Derecho Foral Aragonés).

En caso de no existir parientes o allegados adecuados o en el caso de no prestar estos el consentimiento a la asunción de las funciones de guarda, el juez deberá acordar la guarda administrativa (art. 172). Esta guarda tiene carácter provisional, sin perjuicio de que la posterior declaración de desamparo que comporta la asunción por parte de la Administración de la tutela y la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria de forma automática, manteniendo la validez de los actos de contenido patrimonial, que realicen los padres o tutores en representación del menor y sean beneficiosos para él.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la guarda y custodia atribuida a terceros distintos de los progenitores. Precisamente a esta posibilidad se refiere la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 20 de noviembre de 2013⁵ que atribuye la guarda y custodia al progenitor no biológico que impugnó la paternidad en sede de modificación de medidas definitivas de sentencia de divorcio. Si bien, como precisa la sentencia citada, el interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia del Tribunal Supremo 28 septiembre 2009 [RJ 2009/7257]) y no se trata a través de este cauce casacional de cuestionar la valoración de la prueba, ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor,

al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de revisión conceptual en casación (sentencias del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 2005 (RJ 2005/4139), 28 de septiembre de 2009 (RJ 2009/7257)). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este». «(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, esto es cuanto el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados, pudiendo, en consecuencia, esta Sala examinar las circunstancias más adecuadas para dicha protección» (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero, 27 de abril [RJ 2012/6105] y 25 de octubre de 2012 [RJ 2012/9727])⁶.

II. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO PREVALENTE PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA

El régimen de la guarda y custodia de los padres en situación de crisis matrimonial o de pareja descansa sobre tres principios fundamentales: el principio del interés del menor; el principio de igualdad de ambos progenitores y el principio de coparentalidad o corresponsabilidad. Centrado en el principio del superior interés del menor que, también influye en la determinación distinta de los progenitores, viene reconocido como criterio preferente en todas las normas nacionales e internacionales que afectan o inciden sobre menores de edad⁷. Así en nuestro ordenamiento, la Constitución española recoge entre los principios rectores de la política social y económica la protección de los menores que, va dirigida no solo a los poderes públicos que, deberán asegurar la protección integral de los hijos iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2), sino también a los padres, imponiéndoles el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio o durante su minoría de edad (art. 39.3). Asimismo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor señala en su artículo 2 que «en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley, deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». También en su artículo 9 reconoce su derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en el que esté directamente implicado y del que se deba derivar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social⁸. Los menores como individuos independientes y titulares de derechos subjetivos merecedores no solo de reconocimiento, sino también de garantía y promoción, tienen legitimidad para participar en aquellas decisiones que les afecten. Por lo que la patria potestad debe ser atemperada con el reconocimiento de un determinado grado de autonomía del menor (TAMAYO HAYA, 2008, 37)⁹; y, en fin, entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos la citada Ley establece en su artículo 11 la supremacía del interés del menor. Por su parte, el artículo 154.1 del Código Civil recoge el principio de titularidad conjunta de la patria potestad señalando que «se ejercerá siempre en beneficio de los hijos»; y el artículo 158 del Código Civil dispone que el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal,

decretará «en general las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios». En el ámbito internacional, cabe destacar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 (art. 12); además, el artículo 24.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa en el que se establece que «los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrá expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez». También la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Principios 12 y 14) y el Reglamento CE/2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental (arts. 12.1 b) y 3 b), 15.1 y 5 y 23) —en vigor desde el 1 de marzo de 2005—.

Este principio del interés del menor supone que este tiene un estatuto jurídico propio que, debe ser respetado y es indisponible por las partes; es un interés prevalente, incluso por encima del interés legítimo de sus progenitores (TAMAYO HAYA, 2008, págs. 51 y 69)¹⁰, y considerado, en consecuencia, como un bien jurídico en sí mismo (JIMÉNEZ LINARES, 2000, 881)¹¹. Si bien, hay quien considera que este principio de *favor filii* «no tiene que ser «necesariamente» superior al de los padres, en tanto que los intereses de los adultos deben ser igualmente reconocidos y protegidos, sino en la medida en que se vea necesitado de protección; lo que le hace más bien un interés «relativamente superior» (TAMAYO HAYA, 2008, 41; RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, 87)¹². Con este principio se trata de procurar que, los derechos fundamentales del niño resulten protegidos de forma prioritaria y preferente a las demás partes implicadas, debido a su falta de capacidad para actuar, defendiendo sus propios intereses. Es un criterio básico que, ha de inspirar tanto la actuación de los particulares como de los poderes públicos¹³ y en relación con estos últimos y concretamente referido a la actuación jurisdiccional, determina que el juez ha de resolver *ex officio* sobre lo que concierne a los menores, no estando sujeto a petición de parte, ni, por tanto, ajustarse a los principios dispositivos y de rogación¹⁴; en todo caso, de existir petición de parte, no será preciso que, la decisión judicial se ajuste a la misma sin caer por ello en incongruencia. Es un principio de orden público y, en consecuencia, debe ser observada por los jueces y tribunales en las decisiones que tomen en relación con los menores¹⁵.

Ahora bien, se introduce como una cláusula general que, comprende un principio general del derecho privado y se expresa normalmente por medio de un concepto jurídico indeterminado, correspondiendo al juez concretar el contenido efectivo del mismo al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, págs. 70-73; DE TORRES PEREA, 2009, pág. 24)¹⁶. Asimismo, el interés del menor ha sido definido como un *standard* jurídico, no ético, de naturaleza objetiva, en cuanto se refiere a situaciones empíricas, constatadas y controlables. Un modelo de conducta o actuación jurídica social que «sea adecuada a lo que demanda la conciencia social de acuerdo con unos principios y sensibilidad social» (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, 67-68; DE TORRES PEREA, 2009, 25)¹⁷.

Como se ha precisado, este principio de *favor filii* o superior interés del menor que, inspira la medida relativa al cuidado de los hijos en situaciones de crisis matrimonial o de pareja, ha de ser precisada caso por caso en base a la información y prueba practicada que, deben ser valoradas, dando lugar a una

decisión motivada. A falta de criterios concretos previstos legalmente —aunque lo deseable sería establecer unos criterios mínimos que contribuyan a su objetivización y sirvan de guía al juez para su aplicación— la doctrina y jurisprudencia han optado por fijar diversos factores que, deben ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de concretar el contenido de este superior interés del menor y, por ende de ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso así: la relación afectiva del menor con cada progenitor; el incumplimiento del progenitor custodio del derecho de visitas; el mantenimiento de la situación vital en que se encontraba previamente el menor con el fin de no alterar su vida y entorno, o hacerlo lo menos doloroso para el mismo; la necesidad de proporcionar estabilidad emocional al menor; la capacidad de cada progenitor tanto económica como emocional para hacerse cargo de su custodia; y, en fin, la implicación de cada progenitor en el cuidado de los menores antes de la ruptura (CALLEJO RODRÍGUEZ, 2014, pág. 293)¹⁸.

En consecuencia, ha de ponderarse en cada caso concreto los hechos y realizar una adecuada valoración de lo que mejor convenga al interés del menor, a fin de conseguir determinar *in concreto* y de manera efectiva, cuál es el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver; de forma que, el juez ha de decidir en la disyuntiva interés *in abstracto*-interés *in concreto*, siendo preferible este último, pues, el interés del menor no solo debe ser actual, sino también tomarse en clave de futuro (TAMAYO HAYA, 2008, 55; RIVERO HERNÁNDEZ, 2007, pág. 79)¹⁹. En todo caso, para evaluar el interés concreto del menor, el juez se puede valer tanto de elementos intrínsecos, referidos al propio menor, como extrínsecos, tomando en consideración a los individuos que le rodean (TAMAYO HAYA, 2008, pág. 52)²⁰.

Por otra parte, el respeto a la personalidad del menor determina en el marco del principio de *favor filii* el reconocimiento de una autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que, va a implicar una pérdida de ciertas facultades que, tienen los padres sobre los hijos. Por lo que, se dará una relación proporcional inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas que, los padres pueden tomar (TAMAYO HAYA, 2008, pág. 39)²¹. Se reconoce, por tanto, un ámbito decisorio al menor en todo aquello que, le pueda afectar en proporción a su madurez, siendo el derecho a ser oído una manifestación de aquel. En este contexto, se ha de buscar un justo equilibrio entre la libertad del menor y la actuación de los padres para asegurar su protección. Se configura, pues, la patria potestad bajo una concepción ya no paternalista, sino protectora del menor, donde adquiere prioridad el asegurar precisamente su bienestar, y, protección y donde, asimismo, se pretende garantizar el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales (ALONSO PÉREZ, 1997, pág. 24; JIMÉNEZ LINARES, 2000, pág. 877)²².

En la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 la cuestión del interés del menor se plantea desde la disyuntiva de atribuir la guarda y custodia de la menor Águeda, a su madre, o a quien no es su padre biológico, pero que se ha venido comportando como tal, no solo antes de impugnar la paternidad matrimonial respecto de ella, sino también después. Lo cierto es que, la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 4 de marzo de 2011, teniendo en cuenta el interés de la menor Águeda, opta por poner fin a la relación con quien creía ser su progenitor y que anteriormente se había comportado como tal argumentando al respecto que, se considera conveniente «poner punto y final a tal situación, por dramática y penosa que sea, antes que perseguir una ficción absoluta, máxime ante la propia impugnación por el recurrente de tal filiación». Sin embargo, el Tribunal Supremo en la valoración, asimismo, del

interés de la menor Águeda advierte que «estamos en un contexto difícil en razón a los conflictos generados sin solución de continuidad por sus progenitores, no permite especular sobre situaciones inciertas de futuro ni menos aun poner en su vista fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor Águeda, por muy «dramática y penosa» que estas sean, ya que en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares, que existieron entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente. Ciertamente que ya conoce este extremo, como se dice en la sentencia que determinó un régimen de visitas respecto de su padre biológico, pero con evidentes reticencias y miedos de la misma a conocer a su nueva figura paterna». Y continúa manifestando que «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 (RJ 2011/4526), 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 de 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 adoptados 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». En este contexto, el Alto Tribunal toma en consideración diversos factores a la hora de atribuir la guarda y custodia de la menor, Águeda, a su padre no biológico como son: 1. La necesidad de proteger el interés de la menor; 2. Los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre —doña Encarnación— del régimen de visitas del padre D. Julián respecto de su hija biológica Olga; 3. La inestabilidad emocional de la madre y el hecho de que no se encuentre psicológicamente en condiciones para asumir la guarda; 4. Asimismo, esta ha primado sus propios intereses sobre el de sus hijas —Olga y Águeda—, al extremo que como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, el régimen inicial establecido en la sentencia que es objeto de recurso, ha tenido que ser modificado provisionalmente en trámite de ejecución, para atribuírselo al padre, respecto de Olga, con la finalidad de evitarle los perjuicios derivados de la custodia llevada a cabo por la madre que no acepta que la menor se relacione con su padre «priorizando, una vez más, sus intereses particulares sobre el interés y bienestar de su hija»; 5. La conveniencia de no separar a las dos hermanas, que han permanecido siempre unidas tanto bajo la guarda y custodia de la madre como de don Julián; 6. Asimismo, la conveniencia de no alterar su vida y el entorno en que las dos menores que, han permanecido durante un periodo de tiempo largo con don Julián; 7. También se valoran los vínculos afectivos entre don Julián y la menor, Águeda, a pesar de no ser aquel su padre biológico; y, además, el hecho de ser, Águeda, hermana de los dos hijos comunes de don Julián con su madre; 8. La aptitud diligente de aquel

para ocuparse de las dos menores y el entorno familiar estable que, les ofrece la familia formada con su nueva esposa; y, 9. El daño que la madre causa a sus hijas al tratar de eliminar de su vida la figura paterna «dando primacía a su odio».

La ponderación de todos estos factores, permiten que las medidas que se adopten se adecuen en todo momento a las circunstancias concurrentes y al interés superior del menor, por ser el más necesitado de protección, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 752.1 de la LEC cuando establece que la decisión sobre las medidas en relación con los hijos menores se tomará teniendo en cuenta los hechos «que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieran sido alegados e introducidos de otra manera en el procedimiento»; de ahí que, el Tribunal Supremo, a pesar de no ser don Julián, padre biológico de la menor Águeda, le atribuya su guarda y custodia en la forma en que resolvió la sentencia del Juzgado del Primera Instancia, aplicando lo dispuesto en los artículos 103.1 párrafo 2 y 158 del Código Civil y artículo 11.2 de la Ley Orgánica 17/1996, y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimiento con relación a los hijos menores de edad, conforme a la normativa citada, aunque excedan de las relaciones paterno-filiales. Además se señala que, ningún problema plantea con relación a la patria potestad y en la interpretación del artículo 92 del Código Civil, pues, se puede instaurar este régimen intermedio y extraordinario que, permita atender a la protección del interés de la menor Águeda, pero también el de su hermana Olga, que han convivido juntas desde el nacimiento de la primera. Con ello se dota a la menor de un entorno familiar favorable frente a la falta de idoneidad de la madre y del que esta pueda proporcionar. Y, asimismo, se recuerda que esta medida puede 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.

En cuanto a los otros principios citados, el principio de igualdad parental supone que, ambos progenitores tienen iguales labores de guarda, custodia y cuidado de los hijos habidos en común. Mientras que, el principio de coparentalidad-corresponsabilidad en el ejercicio de la patria potestad significa que, ambos progenitores deben tener los mismos derechos y responsabilidades que, tenían antes de la ruptura; dicha coparentalidad, por tanto, es un derecho de los hijos, independientemente que, sus padres convivan o no. Se trata de procurar que los hijos conserven una relación fluida con ambos progenitores.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA

Antes de presentar la demanda matrimonial de separación o divorcio, cualquiera de los cónyuges puede optar por presentar una solicitud de medidas provisionales previas en relación con los hijos, la vivienda familiar y el régimen económico matrimonial (art. 104 CC). Asimismo, derivadas de la interposición de la demanda de separación o divorcio (art. 773 LEC) o simultáneas a la misma (art. 770.6 LEC) pueden presentarse las denominadas medidas provisionales que constituyen el elenco de disposiciones destinadas a regular, mientras dure la tramitación del procedimiento, los intereses personales y patrimoniales de los cónyuges (art. 103 CC).

En cuanto a las medidas provisionales previas o provisionálísimas que, tienen su correlato en el artículo 771 LEC, hay que destacar que: 1. No es preciso para

su solicitud la intervención de abogado y procurador, pero sí será necesario dicha intervención para los actos posteriores de comparecencia y diligencias (art. 771.1 LEC); 2. Por razón de urgencia, en el auto de admisión se pueden adoptar medidas *in audita parte*; 3. El Secretario Judicial deberá citar a los cónyuges y en caso de existir hijos menores al Ministerio Fiscal a una comparecencia donde después de efectuar las alegaciones oportunas, se practicará la prueba que se proponga por las partes y se considere oportuna, además de las que el tribunal considere necesarias de oficio; 4. Se citará a una comparecencia a celebrar dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, 5. El Secretario Judicial dará cuenta de la citación a la comparecencia en el mismo día al tribunal. Este podrá acordar de inmediato los efectos del artículo 102 del Código Civil, si la urgencia del caso lo requiere. Además puede acordar lo procedente en relación con la guarda y custodia de los hijos y el uso de la vivienda familiar. Esta resolución no es susceptible de recurso; 6. Si no hay acuerdo entre los cónyuges en el acto de comparecencia, o bien no se aprobare lo acordado por los cónyuges, se puede practicar prueba que no resulte inútil, oído en su caso el Ministerio Fiscal; 7. La falta de asistencia sin causa justificada de uno de los cónyuges, podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial (art. 771.3.2 LEC); y, 8. Finalizada la comparecencia o el acto sin comparecencia de la otra parte, el juez dictará auto irrecurrible sobre las medidas a tomar. Ello debe efectuarse en el plazo de tres días (PÉREZ MARTÍN, 2010, 212-213)²³. Ahora bien, teniendo en cuenta la legislación procesal anterior que, exigía el requisito de urgencia para la adopción de medidas previas, se cuestiona si actualmente los cónyuges tienen plena libertad para solicitar las medidas previas, o sigue exigiéndose una causa justificada de urgencia para la adopción de las medidas. El criterio mayoritario en la práctica judicial es que, si ya en el artículo 771 LEC se regula la situación de urgencia, no puede ser otra la conclusión que, la obligatoriedad por parte del tribunal de admitir todas las peticiones de medidas previas que, se presenten, sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción (PÉREZ MARTÍN, 2010, 213; DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, 1090)²⁴. Por otra parte, como hemos señalado, el citado artículo 771 LEC contempla la posibilidad que, si la urgencia del caso, lo aconseja, el órgano judicial acuerde los efectos del artículo 102 del Código Civil, y las medidas relativas a los hijos y el uso de la vivienda y el ajuar familiar *in audita parte*, lo que confirma que, el tribunal debe conceder estas medidas provisionálísimas, aun cuando no haya quedado debidamente acreditado el carácter urgente de las mismas, procediendo a la citación inmediata de ambas partes a la comparecencia oral como trámite obligado del procedimiento (art. 771.3 y 4 LEC)²⁵. En este contexto, otra cuestión que se puede plantear, es si después de haberse dictado la sentencia de separación, el cónyuge que pretende interponer una demanda de divorcio o nulidad matrimonial puede presentar una solicitud para la adopción de medidas provisionales previas. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por la tesis que, cuando hay medidas definitivas vigentes, no cabe la posibilidad de presentar medidas previas (PÉREZ MARTÍN, 2010, pág. 213; LÓPEZ DE LA CRUZ, 2011, pág. 562)²⁶. Una vez dictado el auto de medias provisionales previas, se exige para la vigencia de las mismas que, se presente demanda de separación o de divorcio o nulidad matrimonial «dentro del plazo de treinta días a contar desde que fueron inicialmente adoptadas». Respecto del cómputo del plazo, surge cierta controversia entre lo dispuesto en el artículo 104 del Código Civil y artículo 133 LEC, relativo a la cuestión de si el plazo de treinta días comienza a transcurrir desde

la fecha del auto de medidas previas o desde la fecha en que estas se notifican a las partes. La posición mayoritaria en la doctrina entiende que ha de ser desde la fecha en que se notifique a las partes, ya que la notificación tardía del auto de medidas provisionales previas en la práctica limita el plazo de que disponen las partes para interponer la demanda (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, págs. 1090-1091)²⁷. En todo caso, la existencia de medidas provisionales previas impide la solicitud posterior de medidas provisionales (art. 773 LEC), pues, si dentro del plazo de treinta días se activa el proceso judicial de separación o divorcio, tales medidas se mantendrán hasta que sean sustituidas por las definitivas²⁸. Por lo que, para su subsistencia no se requiere de conformidad expresa por parte del órgano que conozca del proceso principal. Asimismo, se admite que tales medidas sean pactadas de mutuo acuerdo entre los cónyuges, aunque tal acuerdo quede sometido a posterior aprobación judicial (art. 771.3 LEC). De no presentarse demanda de separación, nulidad o divorcio en el plazo de treinta días, dejan de ser eficaces tales medidas, volviéndose a la situación anterior (art. 104 CC; y art. 771.5 LEC).

Por lo que respecta a las medidas provisionales, el legislador prioriza el acuerdo de los cónyuges sobre la materia, si bien tal acuerdo debe ser aprobado por el órgano judicial a fin de proteger los intereses del cónyuge que se encuentre en situación más vulnerable y, en su caso, los hijos menores de edad. Este acuerdo difiere del convenio regulador del artículo 90 del Código Civil, cuyo contenido es más amplio, pues, afecta a cuestiones, que en principio quedarían al margen de las medidas provisionales, como la liquidación del régimen económico matrimonial o la pensión compensatoria. A falta de acuerdo entre los cónyuges o cuando no ha sido aprobado judicialmente, será el juez quien, oídas las partes, adopte las medidas oportunas en el marco de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil: guarda y custodia de hijos, derecho de visita, uso de vivienda y de los bienes y objetos de ajuar familiar; contribución a las cargas del matrimonio; administración y distribución de bienes. En todo caso, estamos ante un supuesto de justicia rogada, pues, solo es admisible su tramitación, cuando las medidas hayan sido solicitadas en la demanda o en la contestación a la demanda (art. 750 LEC). Las medidas provisionales deben ser solicitadas por el cónyuge que solicita la nulidad, separación o divorcio, de manera unilateral o de acuerdo con el otro cónyuge (art. 773.1 LEC). También puede solicitarlas el cónyuge demandado en su contestación a la demanda (art. 773.4 LEC), cuando no hubieran sido pedidas en la demanda y siempre que tales medidas no hayan sido adoptadas con carácter previo (art. 771 y 773.4 LEC), pues entonces, se incorporan a los autos o se complementarán o se modificarán al ser admitida la demanda (art. 772 LEC). Lo cierto es que, se pueden pedir medidas provisionales con efecto desde la admisión de la demanda, cuando no se hubieran adoptado las medidas previas (art. 773.1 LEC), sino también cuando aquellas hubieran caducado por el transcurso del plazo de treinta días contado desde su adopción, sin que se hubiera interpuesto demanda por quien las haya instado (art. 104.2 CC y art. 771.5 LEC). En este contexto, también las parejas de hecho que pretendan la adopción de medidas relacionadas con sus hijos menores de edad, fundamentalmente, las relativas a la guarda y custodia y alimentos, se encuentran, asimismo, legitimadas para solicitar tales medidas provisionales (art. 748.4 LEC). Asimismo, se admite la solicitud de medidas provisionales en los procedimientos de eficacia civil de las resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato no consumado (art. 778 LEC); y al instar la modificación de medidas definitivas de la sentencia, pues, el artículo 775.3 LEC admite que las partes pidan en la demanda o la contestación de la demanda, la modificación

provisional de las medidas definitivas concedidas en pleito anterior, tramitándose conforme a las previsiones del artículo 773 LEC.

Admitida la demanda, el órgano judicial convocará a las partes y si procede al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que se sustanciará siguiendo los trámites previstos para las medidas provisionales previas (art. 773.3 LEC que remite al art. 771 LEC). Oídas las partes y practicadas, si proceden, las pruebas, el juez resolverá mediante auto contra el que no cabe recurso alguno, y fijará en la sentencia de nulidad, separación o divorcio las medidas definitivas²⁹.

Sobre tales bases, nuestro Código Civil prevé la atribución de la guarda y custodia de menores a personas distintas de los progenitores en sede de medidas provisionales en los procesos de nulidad, separación y divorcio, si así lo exige el interés del menor, tal como establece el artículo 103. Pese al tenor literal de la norma citada, la doctrina y jurisprudencia, no obstante, entiende que esta medida se puede adoptar también en la propia sentencia de nulidad, separación o divorcio ya con el carácter de medida definitiva (COLÁS ESCANDÓN, 2005, pág. 177; RIVERO HERNÁNDEZ, 2000, pág. 930)³⁰. Asimismo, se ha planteado la posibilidad que las partes establezcan en convenio regulador que la guarda y custodia sea desempeñada por un tercero, llegando a la conclusión de que la interpretación conjunta de los artículos 90 y 103.1 del Código Civil permiten afirmar que, los padres disponen precisamente de tal facultad (GARCÍA PASTOR, 1997, pág. 102)³¹.

Por otra parte, no es preciso que esta medida se adopte en un proceso matrimonial con base en el artículo 103.1 párrafo 2 del Código Civil, pues, nada impide que pueda ser dictada en situaciones ajenas a las crisis matrimoniales, dado que su fin es la protección del interés del menor. Su fundamento se halla en las facultades concedidas a los jueces en el artículo 158.1.4 del Código Civil que establece que, el juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, podrá dictarlas disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Estas medidas que establece el citado precepto en sus números 1 y 3, pueden adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal, o en un procedimiento de jurisdicción voluntaria (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 177, 178 y 184; LETE ACHIRICA, 2001, pág. 1195)³².

En este contexto, aunque el régimen procesal de las medidas provisionales es aplicable tanto al régimen del Código Civil como al del Derecho civil catalán y al Derecho aragonés, lo cierto es que, el Código Civil de Cataluña en su artículo 233.1.1 que, resulta más explícito que el artículo 103 del Código Civil, señala, a los efectos que, a nuestro estudio interesa que, el cónyuge que pretenda demandar o demanda la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio y el cónyuge demandado al contestar la demanda, puede solicitar a la autoridad judicial que adopte, como medidas provisionales «la determinación de la forma en que los hijos deben convivir con los padres y deben relacionarse con aquel de ambos con quien no están conviviendo. Excepcionalmente, la autoridad judicial puede encomendar la guarda de los hijos a los abuelos, a otros parientes, a personas próximas, o en su defecto, a una institución idónea, a las que pueden conferirse funciones tutelares con suspensión de la patria potestad». En cuanto al Código Civil Foral Aragonés contiene en el artículo 84 una norma de remisión que, permite adoptar como medidas provisionales: la guarda y custodia (art. 79); la atribución de la vivienda (art. 81), los gastos de asistencia de los hijos (art. 82); y la asignación compensatoria al progenitor a quien la ruptura de la convivencia produzca un desequilibrio económico (art. 83). Asimismo, se establecen unas medidas judiciales que, son aquellas que el juez debe tomar, en defecto de pacto, de oficio o a instancia de los hijos menores, de cualquier pariente o persona

interesada o del Ministerio Fiscal, dirigidas a determinar las reglas que deben regir las relaciones familiares tras la ruptura de la convivencia (art. 79). Se trata de reglas que afectan a los hijos y son las siguientes: a) Garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores, así como de la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas; b) Evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas; y, c) Evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda y custodia. Para ello, el juez podrá tomar las medidas cautelares necesarias para asegurar el cumplimiento de las medidas adoptadas; en todo caso, su incumplimiento grave o reiterado podrá dar lugar a su modificación o a la exigencia de su cumplimiento de acuerdo con lo previsto en las normas de ejecución judicial. No obstante, estas medidas pueden ser modificadas cuando concurren causas o circunstancias relevantes.

IV. LA EXCEPCIONALIDAD Y PROVISIONALIDAD DE LA MEDIDA DE GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO

El «deber de asistencia» de todo orden que el artículo 39.3 de la Constitución española impone a los padres respecto de sus hijos menores de edad, se concreta en una serie de funciones que enumera el artículo 154 del Código Civil al determinar el contenido de la patria potestad: velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral. Tras el cese de la convivencia conyugal, todas estas funciones permanecen inalterables, menos una consistente «en tener a los hijos en su compañía» —a pesar de tener los padres la titularidad conjunta— que, se desgaja del contenido de la patria potestad, pudiendo corresponder la guarda y custodia de los hijos menores de edad a uno de los progenitores (art. 159 CC). Ahora bien, si en el proceso de nulidad, separación o divorcio se revela que, concurre causa para privar a uno de los progenitores de la patria potestad y existe petición expresa de parte —en el suplico de la demanda o de la contestación-reconvencción, o se hace valer por el Ministerio Fiscal que siempre interviene según establece el artículo 749.2 LEC—, la sentencia puede acordar la privación de la patria potestad (arts. 92.3 y 170.1 CC) (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 940; GUILARTE MARTÍN CALERO, 2005, pág. 138)³³. Si son los dos padres los privados de la patria potestad, habrá que nombrar un tutor. En todo caso, la privación de la patria potestad debe ser adoptada con suma cautela y siempre ante supuestos claros y graves de incumplimiento de los deberes inherentes a ella, bien por la intensidad del peligro o ataque que la conducta paterna supone para los intereses de los hijos, bien por su reiteración o duración en el tiempo (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 940)³⁴. Además, en los supuestos en que puede concurrir causa para la privación, la decisión siempre queda condicionada a que sea beneficiosa para el menor. Así, salvo los casos de privación, lo conveniente es el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, esto es, de no ser separado de sus padres, y el cumplimiento por estos del derecho-función que implica la patria potestad representado en «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral» (art. 154 CC)³⁵.

En este contexto, la atribución de la guarda y custodia a una persona distinta de los progenitores, tiene carácter excepcional en cuanto supone una limitación en el ejercicio de la patria potestad y solo puede hallarse su fundamento en la protección superior del interés del menor (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 178 y

184)³⁶. Por lo que no son antecedentes necesarios para la atribución de la custodia de menores a persona distintas de los padres, la privación de la patria potestad, la declaración de desamparo o la constitución de la tutela a favor de los abuelos (LETE ACHIRICA, 2001, 1191)³⁷. En todo caso, es necesario que concurren motivos de trascendencia que, deben ser apreciados por el juez en función de las circunstancias del caso, teniendo presente que esta medida supone una alteración de la situación ordinaria de compañía y cuidado de los hijos por parte de los padres inherentes a la patria potestad (art. 154 CC), y que incide en los propios derechos y facultades de los padres respecto de los hijos, puesto que independientemente que la patria potestad se configure como una función a la que se anudan derechos y facultades, no hay duda que el interés de un padre de tener consigo a su hijo, es un interés digno de tutela y protección como manifestación directa del derecho a fundar una familia universalmente reconocido (art. 16.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; y, artículo 23.2 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos)³⁸. En cuanto a los posibles criterios para la atribución de la guarda y custodia a un tercero se suele señalar por la doctrina y jurisprudencia la desatención o abandono del menor; la ausencia de los progenitores, los malos tratos, la drogodependencia de los progenitores, el ingreso en prisión³⁹, o el peligro de que el progenitor cometa contra su hijo el mismo delito del que está penalmente acusado (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 186-191; CALLEJO RODRÍGUEZ, 2014, págs. 295-296)⁴⁰. En general, se opera sobre los supuestos de incumplimiento graves y reiterados por los progenitores de los deberes derivados de la patria potestad, o, la falta de condiciones para asumir la guarda y custodia de los menores⁴¹. Ahora bien, además de tales criterios que pueden ayudar, para atendidas las circunstancias que concurren en el caso concreto, atribuir la custodia y cuidado del menor a una tercera persona, hay que añadir, asimismo, la idoneidad del tercero para asumirla y la prestación de su consentimiento (COLÁS ESCANDÓN, 2005, págs. 1995-1996)⁴².

En cualquier caso, el hecho de que la atribución de la guarda y custodia por un tercero se determine en un proceso de fijación de medidas definitivas o en un proceso de modificación de medidas, no significa que esta medida excepcional tenga carácter definitivo, sino que tiene carácter provisional, temporal y por ello se mantendrá mientras subsistan las circunstancias que determinaron su adopción⁴³.

En todo caso, si hay privación de la patria potestad y se atribuye la guarda y custodia a un tercero, esta puede implicar la asunción de funciones tutelares plenas (GARCÍA PASTOR, 1997, 104-105)⁴⁴.

V. LA ATRIBUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA A PERSONAS DISTINTAS DE LOS PROGENITORES

En la mayoría de los supuestos se opta por atribuir la guarda y custodia de los menores a los abuelos de manera prioritaria frente a otros parientes; y desde luego anteponiendo la atribución a una institución pública (COLÁS ESCANDÓN, 2005, 196; MOLINER NAVARRO, 2011, págs. 1665, 1666 y 1677)⁴⁵. De todas formas, es también posible encomendar la guarda y custodia del menor a otros parientes o incluso a quienes no teniendo vínculo de parentesco representan una situación beneficiosa para el menor⁴⁶. A falta de abuelos, parientes u otras personas a la que se pueda atribuir la guarda y custodia del menor, esta corresponde a la institución pública a la que se encomienda la protección de menores y la posibilidad de su acogimiento⁴⁷. En todo caso, el criterio prioritario para determinar a

quién se atribuye la guarda y custodia es el interés superior del menor⁴⁸; además puede ser factor determinante el propio deseo del menor⁴⁹; y, en fin, al igual que sucede con la atribución de la guarda y custodia a los progenitores, también en este caso se ha de procurar no separar a los hermanos⁵⁰.

Ahora bien, es posible atribuir la tutela del menor o menores a los abuelos, sin perjuicio que, en este caso, como el anterior se opte por mantener un derecho de comunicación con los progenitores, si así lo aconseja el interés del menor⁵¹, o que se prevea un acogimiento por parte de los abuelos, previa declaración de desamparo; o que la guarda y custodia se atribuya a uno o a los dos progenitores de forma compartida y se establezca un derecho de visita a favor de los abuelos de conformidad con lo establecido en el artículo 160 párrafo segundo del Código Civil, salvo que exista justa causa que lo impida⁵². De forma que, al igual que se establece en el convenio regulador un régimen de visitas para el progenitor que no haya de convivir con los hijos, debe establecerse también un régimen de visitas a favor de los abuelos respecto de sus nietos para salvaguardar la relación personal existente. Así en el convenio regulador de separación o divorcio se puede incluir la correspondiente mención al régimen de visitas, estancia y comunicaciones de los menores con sus abuelos, teniendo en cuenta el interés superior de aquellos. En el caso que el convenio contenga esta referencia a las relaciones abuelos-nietos, el juez podrá aprobarlo —y consecuentemente hacerlo exigible por la vía de apremio— previa audiencia de los abuelos, que habrán de prestar su consentimiento (art. 90 antepenúltimo párrafo). Si no llegan a acuerdos en relación con la materia en convenio regulador, a través de un procedimiento iniciado por los abuelos, el juez fijará el régimen de visitas, atendiendo el interés del menor (art. 94.2 CC que permite al juez pronunciarse en relación con un hipotético régimen de visitas de los abuelos con sus nietos, concretando la extensión, forma y modo de llevarlo a cabo, y teniendo siempre presente el interés del menor). Finalmente, además, de la posibilidad de atribuir la guarda y custodia a un tercero, se ha optado en alguna ocasión, sin embargo, por atribuir a ese tercero la guarda de hecho⁵³.

VI. ALCANCE DE LA GUARDA Y CUSTODIA ATRIBUIDA A UN TERCERO

El artículo 103 del Código Civil establece que los hijos podrán ser encomendados a terceros diferentes de los padres «confiriéndoles funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez». De forma que, como hemos reiterado a lo largo de este estudio, la atribución de la guarda y custodia a un tercero no supone necesariamente la privación de la patria potestad de los padres, ni que la titularidad de la misma corresponda a aquel, pues, la patria potestad sigue correspondiendo a los progenitores, sin que se puede hablar de una titularidad compartida entre estos y los terceros —por ejemplo, abuelos, tíos—.

En este contexto, la doctrina a la hora de concretar el contenido de la guarda y custodia atribuida a un tercero, distingue entre dos posibilidades: 1. Conservan los padres la titularidad de la patria potestad y se atribuye solo el ejercicio de la custodia ordinaria al tercero, por lo que los menores conviven únicamente en el domicilio de este, ejerciendo tal tercero la responsabilidad de su guarda⁵⁴. Al respecto, los progenitores siguen siendo los representantes legales de sus hijos menores de edad (art. 162 CC), y, asimismo, los administradores de sus bienes (art. 164 CC). Por lo que, solo estos podrán decidir sobre el centro escolar; el especialista que debe atender al menor de una determinada dolencia, el deber

de alimentarlos, si tienen medios económicos, si no disponen de ello, en virtud del artículo 144 del Código Civil, los obligados como alimentistas son los ascendientes de grado más próximo, esto es, los abuelos⁵⁵. También están legitimados para realizar actos de disposición de bienes de sus hijos menores que, excedan de actuaciones ordinarias de escasa trascendencia económica⁵⁶. Por su parte, los terceros quedan facultados para tomar decisiones más secundarias, que afectan a la vida ordinaria de los menores (GARCÍA PASTOR, 1997, págs. 104 y 107; LETE ACHIRICA, 2001, pág. 1193; MOLINER NAVARRO, 2011, pág. 1677)⁵⁷. No obstante, en este supuesto de encontrarse el tercero que tiene atribuida la guarda y custodia del menor ante situaciones de urgencia sobre la base de la aplicación analógica del artículo 156 párrafo primero *in fine* del Código Civil, la decisión podrá ser tomada por el tercero, atendiendo a las circunstancias de gravedad y urgencia que concurren (COLÁS ESCANDÓN, 2005, 201)⁵⁸. Y, 2. Los terceros asumen las funciones tutelares de los menores, desarrollando al respecto funciones propias de la patria potestad —velar por ellos, educarlos, formarles, convivir con ellos y, representando y administrando sus bienes— (MOLINER NAVARRO, 2011, págs. 1679-1680)⁵⁹. Tal atribución tendrá en todo caso lugar ante el fallecimiento de los padres, o cuando estos queden privados de la patria potestad (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 952)⁶⁰.

En este contexto, a fin de delimitar frente a terceros, si existen o no limitaciones en la actuación de los padres o terceros y en aras de una labor preventiva de futuros conflictos, sería oportuno que la autoridad judicial determinase con claridad el ámbito de facultades que corresponde a terceros. Si bien, solo en determinados casos y de manera muy excepcional se puede apartar a los padres de toda decisión de trascendencia en la vida del menor, traspasando esa facultad a los abuelos u otros parientes.

Por otra parte, de ser atribuida la custodia a varios parientes —por ejemplo, abuelos maternos y paternos— las decisiones referentes a su nieto, se deberían regir por las reglas de los artículos 237 y 237 bis del Código Civil relativas al régimen de funcionamiento de la tutela colectiva (COLÁS ESCANDÓN, 2005, pág. 195)⁶¹. Asimismo, en caso de conflicto entre quienes tienen la titularidad de la patria potestad y los terceros —abuelos u otros parientes— a los que se otorga la guarda y custodia del menor, se podrá acudir al juez para resolver el conflicto. Igualmente, los terceros están legitimados para pedir la ejecución de la sentencia de separación o divorcio que les atribuye la guarda y custodia de la menor, aun cuando no fueran parte en el proceso matrimonial, siempre que los progenitores se negasen a entregar al menor a aquellos (DÍAZ MARTÍNEZ, 2013, pág. 952)⁶².

Finalmente, las funciones que se atribuyen a terceros, deberán llevarse a cabo «bajo la autoridad del juez». Por lo tanto, corresponde al Juez controlar la actuación de los terceros y su responsabilidad en la guarda y custodia del menor. Ahora bien, dicha facultad de control podrá incluir una rendición periódica de cuentas en el aspecto económico o de la gestión y administración de su patrimonio, si eventualmente esta hubiera tenido lugar (MOLINER NAVARRO, 2011, pág. 1680)⁶³.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014): «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *Actualidad Civil*, núm. 3, marzo, págs. 290-302.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.³ (2005): *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Navarra: Thomson Aranzadi.

- DE TORRES PEREA, J. M. (2009): *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013): «Comentario a los artículos 93, 103 y 104 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 936-954 y 1088-1102.
- GARCÍA PASTOR, M. (1997): *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill.
- JIMÉNEZ LINARES, M.^a J. (2000): «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, págs. 869-897.
- LETE ACHIRICA, J. (2001): «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuges separados o divorciados (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001 (AC 764/2001))», *Actualidad Civil*, vol. I, págs. 1187-1197.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2011): «Comentarios a los artículos 103 y 104 del Código Civil». En: A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (directores), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, págs. 555-562.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009): «Comentarios a los artículos 92 y 103-104 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, págs. 211-214 y 230-233.
- MOLINER NAVARRO, R. (2011): «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente». En: Fco. de P. BLASCO GASCÓ; M. E. CLEMENTE MEORO; Fco. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTODA, y, R. VERDERA SERVER (coordinadores), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1661-1681.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010): «Comentarios a los artículos 103 y 104 del Código Civil». En: A. DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, págs. 209-213.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Fco. (2007): *El interés del menor*, 2^a ed., Madrid: Dykinson.
- TAMAYO HAYA, S. (2008): «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, octubre-diciembre, págs. 35-79.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 12 de febrero de 1992.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de junio de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, sección 1.^a, 13 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de octubre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, sección 1.^a, 20 de noviembre de 2013.
- SAP, Vizcaya, secc. 1.^a, 30 de abril de 1997.
- SAP, Navarra, secc. 1.^a, 22 de septiembre de 1998.
- SAP, Zamora, secc. única, 2 de diciembre de 1999.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 21 de marzo de 2000.
- SAP, Islas Baleares, secc. 4.^a, 30 de junio de 2000.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 4 de enero de 2001.
- SAP, Asturias, secc. 1.^a, 11 de abril de 2001.

- SAP, Salamanca, 18 de marzo de 2001.
- SAP, Madrid, secc. 22.^a, 14 de mayo de 2002.
- SAP Vizcaya, secc. 4.^a, 13 de enero de 2002.
- SAP Guadalajara, secc. Única, 19 de febrero de 2003.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 27 de enero de 2005.
- SAP, Murcia, secc. 1.^a, 28 de febrero de 2006.
- SAP, Lugo, secc. 1.^a, 14 de marzo de 2007.
- SAP, Asturias, secc. 6.^a, 17 de septiembre de 2007.
- SAP, Zaragoza, secc. 2.^a, 22 de julio de 2008.
- SAP, Albacete, secc. 1.^a, 13 de noviembre de 2009.
- SAP, Madrid, secc. 24.^a, 3 de marzo de 2010.
- SAP, Murcia, secc. 4.^a, 16 de septiembre de 2010.
- AAP, Madrid, secc. 24.^a, 28 de septiembre de 2011.
- SAP, A Coruña, secc. 6.^a, 25 de junio de 2013.
- SAP, Valencia, secc. 10.^a, 2 de octubre de 2013.

NOTAS:

¹ PÉREZ ÁLVAREZ M. Á. (2008). «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», *Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia*, 2^a ed., Madrid: Colex, pág. 352 quien, asimismo, precisa que la patria potestad pertenece a la categoría de las llamadas «potestades familiares». Asimismo, *vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (La Ley 44425-JF/0000); de 25 de junio de 1994 (La Ley 13968/1994); y, de 31 de diciembre de 1996 (La Ley 508/1997); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232) que, la conceptúa como «el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y los bienes de sus hijos no emancipados para asegurar el cumplimiento de los deberes que les alcanzan en orden al sostenimiento y educación de estos. Solo los padres puede ser titulares de la patria potestad, siendo intransferible e imprescriptible»; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18^a, de 16 de octubre de 2007 (La Ley 219823/2007); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5^a, de 1 de septiembre de 2008 (La Ley 196431/2008).

² MARTÍN MORÓN M.^a T. (1989). VOZ «Patria potestad», *Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XIX*, Barcelona, 1989, págs. 130-131; CASTÁN TOBEÑAS J. M.^a (1982). «Comentario al artículo 154 del Código Civil». En: M. ALBALADEJO GARCÍA (director), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III, vol. 2.º*, 2.^a ed., Madrid: Edersa, págs. 109-111; ALONSO PÉREZ M. (1997). «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, semana del 6 al 12 de enero, págs. 22-24. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de julio de 1987 (La Ley 12499-JF/0000).

³ CASTILLO MARTÍNEZ C. (2010). *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, 2^a ed., Madrid: La Ley, pág. 83 manifiesta que, la titularidad de la patria potestad puede definirse «con referencia a la cualidad o condición de sujeto activo de la función que, en relación con los hijos menores no emancipados —o, en su caso, sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada—, le es atribuida al progenitor respecto del cual se haya determinada la filiación, salvo cuando esta “haya sido judicialmente determinada contra su oposición” (art. 111.2.º CC), o aquel “haya sido condenado a causa de relaciones que obedezcan a la generación, según sentencia penal firme (art. 111.1.º CC)»; diversamente considera que el ejercicio de la patria potestad «implica en esencia la atribución de la guarda y custodia del menor, lo que se traduce en la práctica realización de los deberes inherentes a la potestad paterna. Por ello, es regulable y posee, por propia definición, un

carácter dinámico». Por su parte, GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación de los hijos cuyos padres no conviven. Aspectos personales*, Madrid: McGraw-Hill, págs. 162-163, señala que, en términos generales, el ejercicio es la vertiente activa de la patria potestad, lo que supondría «que el progenitor al que le es otorgado el ejercicio de la patria potestad puede desarrollar todas las facultades que integran la misma y hasta entonces corresponde a ambos progenitores», y que el «no ejerciente solo conserva de forma latente estos mismos poderes, aparte de aquellas facultades o derechos mínimos que expresamente le concede la Ley (por regla general el derecho de visita y a veces también un derecho de vigilancia)»; si bien, añade que «en España para el legislador de 1981 (que fue el que introdujo la distinción entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad) no absorbe toda la vertiente activa de la misma, pues, en todos los artículos que a él se refieren, se distingue, directa o indirectamente, del cuidado de los hijos, figura que sin duda es una parte, y muy importante, de la vertiente activa de la patria potestad».

⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009). «Comentario al artículo 92 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (COORD.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pág. 213.

⁵ RJ 2013/7824. Se plantea la determinación de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Olga, adoptada por los litigantes en el año 2001, así como de la menor Águeda, nacida en 2002, cuya filiación paterna, fue impugnada por quien ahora recurre, don Julián, en el año 2005 y determinada a favor de don Cirilo en el año 2006, existiendo entre las partes otro hijo común, mayor de edad, puesto que aun no siendo D. Julián padre biológico, si lo es para la menor, considerándose ambas hermanas de doble vínculo. Lo cierto es que, ambas menores Olga y Águeda permanecen largo tiempo con D. Julián, debido especialmente a la resolución dictada en el proceso penal contra la madre, en la que se acuerda asignar provisionalmente la guarda y custodia de los menores al Sr. Julián, con la medida cautelar de prohibir a su madre, aproximarse o comunicarse con sus dos hijas. Además también en el auto de 30 de enero de 2008 dictada en trámite de medidas provisionales dimanantes de este litigio, se atribuyó la guarda y custodia de las menores a don Julián, disponiendo de las facultades tutelares plenas sobre la menor Águeda, cuyos intereses se autoriza a defender en todo tipo de procesos. La sentencia de divorcio de mutuo acuerdo se dictó en el Juzgado de Las Palmas de Gran Canaria en sentencia de 14 de marzo de 2003, parcialmente modificada por la sentencia de 24 de noviembre de 2005 dictada en el procedimiento de modificación de medidas núm. 903/2004. Don Julián interpone demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio contra doña Encarnación solicitando: 1. Que la menor, hija del matrimonio, Olga, quede bajo la guarda y custodia del padre don Julián; 2. Que la menor Águeda quede bajo la guarda de don Julián, confiriéndole las funciones tutelares de la misma, que ejercería bajo la autoridad judicial; 3. Que el régimen de visitas de doña Encarnación para con sus hijas menores quede en suspenso hasta tanto en cuanto no concluya el procedimiento penal iniciado por las Diligencias Previas número 3508/2006, del Juzgado de Instrucción número 7 de esta Ciudad. Y una vez concluido el mismo en ejecución de sentencia, previo informe psicológico a emitir por los Servicios Psicosociales adscritos al Juzgado, se acordara el régimen de visitas que proceda. 4. Que en concepto de alimentos de sus hijas menores, Olga y Águeda, Doña Encarnación abone a don Julián la cantidad de seiscientos euros (600 euros), a razón de trescientos euros por cada una de las menores dentro de los siete primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que se determinará. Dicha cantidad se actualizará anualmente, de conformidad con el IPC que facilite el Instituto Nacional de Estadística u organismo público que lo sustituya para la provincia de Las Palmas; 5. Que, en consecuencia, quede sin efecto la obligación a cargo del actor de la prestación de alimentos para las menores, al tener las mismas bajo su custodia desde el pasado mes de junio de 2007.

Doña Encarnación contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que, considera de aplicación y termina suplicando al Juzgado que dicte en su día sentencia declarando no haber lugar a los pedimentos de la demanda con la adopción de las siguientes medidas: 1. Que se conceda a la madre la guarda y custodia de su hija biológica Águeda, no fijándose régimen de vistas alguno a favor de don Julián al no existir relación filial entre ambos; 2. Que se conceda a la madre la guarda y custodia de su hija

Olga, dejando en suspenso el régimen de visitas a favor del padre hasta que termine el procedimiento penal dirigido contra él, y en todo caso, hasta que se acredite, en ejecución de sentencia, su capacidad para asumir las obligaciones que ello conlleva; 3. Que se fije la cantidad de 1167 euros mensuales que el demandante debe abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija a abonar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente en que viene realizando los pagos. Dicha cantidad será revisada anualmente de conformidad a las variaciones que experimenta el IPC.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 de enero de 2010, al amparo de los artículos 92, 103.1º.II y 158 del Código Civil, así como de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor acordó: 1. Atribuir la guarda y custodia de la menor, Olga, a su padre don Julián, quien ejercerá de manera exclusiva la patria potestad sobre la misma; 2. Atribuir la guarda y custodia de la menor Águeda a don Julián, por las especiales relaciones que ha tenido con este con su madre, quien dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma. Podrá actuar en toda clase de procedimientos de defensa de sus derechos e intereses y deberá contar con autorización judicial para los demás supuestos contemplados en el artículo 271 del Código Civil; 3. El régimen de visitas de doña Encarnación con sus dos hijas menores, Águeda y Olga, será el señalado en el Fundamento de Derecho décimo. Se interpone recurso de apelación por la representación procesal de doña Encarnación, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 3.ª, de 4 de marzo de 2011 revoca la del Juzgado y en su lugar acuerda: 1. La guarda y custodia de la menor cuya filiación se impugnó por el actor; Don Julián, así como la correspondiente patria potestad, se atribuye exclusivamente a la recurrente, doña Encarnación, sin que proceda señalar régimen de visitas respecto del actor; 2. La guarda y custodia de la hija común se atribuye a la recurrente, siendo la patria potestad compartida, estableciéndose el régimen de visitas a favor del padre en los términos señalados en el Fundamento Sexto de la presente resolución, teniéndose en cuenta que el juzgador *a quo*, en la propia ejecución de sentencia y a la vista de los informes que la recurrente habrá de aportar bimestralmente, y que luego se dirán, podrá adoptar las decisiones que en interés del menor procedan, sin perjuicio que las partes acudan al procedimiento de modificación de medidas; 3. Se establece una pensión alimenticia a cargo del padre, Sr. Julián, en cantidad de setecientos euros mensuales (700 euros) y en la que se incluyen los gastos de principio de curso (matrícula, uniforme, material escolar) que el mismo ingresará en concepto de pensión alimenticia a favor de la indicada hija, cantidad que se ingresará mensualmente dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la recurrente y que se actualizará anualmente el uno de marzo de cada año conforme al índice de precios al consumo que establezca el INE u organismo que le sustituya. Contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, don Julián interpone recurso de casación. Admitido el recurso y evacuado el traslado al Ministerio Fiscal, presenta escrito interesando a la Sala, respecto de Águeda, la guarda y custodia se atribuya al padre biológico o a la familia extensa, o a una institución artículo 103.1 del Código Civil, y que la hija Olga quede con el padre, sin fijación del régimen de visitas para la madre hasta que no se demuestre que han cambiado las circunstancias. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señala para votación y fallo el día 22 de octubre de 2013, en que tiene lugar.

⁶ *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 21 de julio de 2011 (*RJ* 2011/5438); de 22 de julio de 2011 (*RJ* 2011/5676); de 29 de junio de 2012 (*RJ* 2012/8190); y, de 7 de junio de 2013 (La Ley 65217/2013).

⁷ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1987 (*RJ* 1987/6716); de 9 de marzo de 1989 (*RJ* 1989/2030); de 13 de junio de 2011 (*RJ* 2011/4526); y, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6843); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, de 27 de octubre de 2000 (*JUR* 2001/119398); de la misma Audiencia y sección, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/160852); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, de 11 de abril de 2001 (*JUR* 2001/210117); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44596); de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1ª, de 28 de enero de 2003 (*JUR* 2003/83899); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 2 de octubre de 2013 (*JUR* 2013/351296) señala, por su parte que:

«A la hora de decidir a cuál de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos, cuando sus padres se separan, pues, como ya dijo la STS 9 de marzo de 1989 «es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad», pronunciándose en el mismo sentido las SSTs de 5 de octubre de 1978, de 11 de octubre de 1991 y de 12 de febrero de 1992 que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativa a los hijos en caso de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante favor filii (arts. 92, 103, 154 y 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y demás cuestiones que les afecten, habrán de ser tomadas «siempre en beneficio de los hijos» como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados». Y añade que, «este principio es igualmente reconocido en las decisiones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia (...) y que, no debe ser medido bajo parámetros de confort material, pues, a nivel de derecho comparado, se valora dándose preferencia al aspecto psíquico —derecho francés, «son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité... c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre aupremier rang»— o al amplio concepto de bienestar aplicando el «welfare principle» anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno y otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos, y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor».

⁸ Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, 31 de enero de 2008 (La Ley 1122/2008).

⁹ TAMAYO HAYA, S. (2008). «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 41, octubre-diciembre, pág. 37.

¹⁰ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, págs. 51 y 69, como precisa se impone, incluso, al principio de igualdad parental. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232); las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.ª, 22 de septiembre de 1998 (AC 1998/8522), donde se precisa que, «es un principio elevado a rango constitucional (art. 39 CE) del *favor filii* procurando ante todo, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores», y, añade que, «este principio de protección integral de los hijos constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los artículos 90, párrafo segundo, 92, 96 y 103, entre otros del Código Civil, que debe presidir la aplicación de la Ley en esta materia»; de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 20 de julio de 2000 (AC 2000/1726); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 18 de marzo de 2002 (JUR 2002/129317); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 14 de enero de 2003 (JUR 2003/92950); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección única, 19 de febrero de 2003 (JUR 2003/85189); y de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 26 de octubre de 2006 (JUR 2007/113950).

¹¹ JIMÉNEZ LINARES, M.ª J. (2000). «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, pág. 881.

¹² TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 41; RIVERO HERNÁNDEZ, FCO. (2007). *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid: Dykison, pág. 87 señala que, «tanto el principio constitucional de protección integral como el principio (civil) del interés del menor, no son absolutos, sino que, son limitados como todo principio y valor jurídico, y pueden y deben ceder ante intereses jurídicamente (mas) relevantes, siempre que la restricción o recorte del interés del menor se revele necesario para lograr el fin legítimo previsto y proporcionado para alcanzarlo, todo ello con una

ponderación adecuada de los valores en juego, es decir, que haya una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido».

¹³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Constitucional 124/2002, de 20 de mayo (*RTC* 2002/124); y, 221/2002, 25 noviembre (*RTC* 2002/221).

¹⁴ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/8522); de la Audiencia Provincial de Salamanca, 18 marzo de 2002 (*JUR* 2002/129317); y de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750);

¹⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (*RTC* 2000/141), lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional» destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio), y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. Asimismo, las sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 (*RTC* 1990/143), 298/1993 (*RTC* 1993/298) y 114/1997 (*RTC* 1997/114), así como el Auto del Tribunal Constitucional 28/2011, de 1 de febrero (*RTC* 2001/28).

¹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El interés del menor*, *op. cit.*, págs. 70-73; DE TORRES PEREA J. M. (2009). *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Iustel, pág. 24. Asimismo, *vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 23 de mayo de 2005 (*RJ* 2005/4139); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, 6 de junio de 2007 (La Ley 172317/2007).

¹⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El interés del menor*, *op. cit.*, págs. 67-68; DE TORRES PEREA, J. M., *Interés del menor y derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁸ *Vid.*, CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2014). «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *Actualidad Civil*, número 3, marzo, pág. 293; SEIJAS QUINTANA, J. A. (1997). «Consecuencias de la separación y el divorcio. el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas», *Actualidad Civil*, número 29, pág. 642. Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508) que: «Tales criterios pueden ayudar a definir el criterio-guía de búsqueda del superior o preponderante interés del menor, que atendidas las circunstancias que concurran en el caso concreto, debe llevar a atribuir la custodia y cuidado de un menor a una tercera persona solo si su atribución a los padres, conjuntamente o por separado, es perjudicial para el menor o no le permite disponer del entorno personal y material imprescindible para su bienestar, contemplado en el más amplio sentido, que en cambio sí podría hallar bajo el cuidado de esta tercera persona».

¹⁹ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 55; RIVERO HERNÁNDEZ, Fco., *El interés del menor*, *op. cit.*, pág. 79.

²⁰ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 52, precisa que, las dos apreciaciones en abstracto y *in concreto* son complementarias porque cuando ha de tomar su decisión el juez pone en paralelo la situación concreta del niño con la representación abstracta de lo que debería ser su situación.

²¹ TAMAYO HAYA, S., «El interés del menor como criterio de atribución de la custodia», *op. cit.*, pág. 39.

²² ALONSO PÉREZ, M. (1997). «La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Actualidad Civil*, núm. 2, pág. 24. Asimismo, en esta línea, JIMÉNEZ LINARES, M.ª J., «El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial», *op. cit.*, pág. 877, señala que «el beneficio o interés del menor presupone la satisfacción de las necesidades física y psíquicas del menor en cada momento de su vida, y en un ambiente decididamente orientado al adecuado desarrollo de su personalidad y de los derechos que le corresponden. Sin olvidar que en toda decisión siempre existe cierta dosis de subjetivismo, el juez, a la hora de ponderar el interés del menor no se debe regir por sus convicciones personales, sino por

los criterios de valoración generales asentados en la sociedad en el lugar y en el momento que ha de adoptar su decisión, que en ningún caso debe ser arbitraria».

²³ PÉREZ MARTÍN, A. J. (2010). «Comentario al artículo 104 del Código Civil». En: A. DOMÍNGUEZ LUELMO (director), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid: Lex Nova, págs. 212-213; ROCA TRÍAS, E. (2012). «Medidas provisionales», *Memento Experto Francis Lefebvre Crisis matrimoniales*, Madrid: Ediciones, Francis Lefebvre, págs. 56-57.

²⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 213; DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «Comentario a los artículos 103-104 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 1090; LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2011). «Comentario al artículo 104 del Código Civil». En: A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ (directores), *Código Civil Comentado, vol. I*, Navarra: Civitas Thomson Reuters, pág. 561.

²⁵ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, 10 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/290970).

²⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 213; LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562. *Vid.*, asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, 26 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/251742).

²⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario a los artículos 103-104 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1090-1091; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil*, coordinador Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2009, pág. 233, LÓPEZ DE LA CRUZ, L., «Comentario al artículo 104 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562. Asimismo, *vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 25 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/145300).

²⁸ *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4ª, 27 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/76241).

²⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2004/262997).

³⁰ COLAS ESCANDÓN, A. M.ª (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, Navarra: Thomson, Aranzadi, pág. 177; RIVERO HERNÁNDEZ, FCO., «Comentario a los artículos 92 a 94 del Código Civil». En: J. RAMS ALBESA (director), R. M.ª MORENO FLÓREZ (coord.), *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 1.º*, Barcelona: Bosch, pág. 930; LETE ACHIRICA, J. (2001). «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos separados o divorciados (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001)», *Actualidad Civil*, vol. 3, pág. 1195.

Recordemos que, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 en un juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio presentada por don Julián contra doña Encarnación, se señala que esta medida de guarda y custodia a un tercero —en este caso a Don Julián padre no biológico de la menor Águeda— «no está contemplada entre las medidas que puedan adoptarse en el artículo 92 del Código Civil con el carácter de definitivo en los procesos matrimoniales. Sin embargo, ningún problema plantea el que, con relación a la patria potestad y en la interpretación del artículo 92, a la que se refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés de la menor Águeda y de su hermana Olga». En esta línea, también en sede de modificación de medidas de divorcio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 14 de mayo de 2002 (*JUR* 2002/198890), cuando dispone que, «aunque el artículo 103 del Código Civil se ubica sistemáticamente dentro de la regulación de las medidas provisionales, no existe mayor inconveniente para su aplicación en la sentencia que ponga fin a la *litis* principal, dado que el artículo 92 párrafo segundo, determina que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, lo que permite al órgano judicial un amplio margen de maniobra, no encorsetado por las peticiones de las partes, y que puede abocar, si bien, en supuestos excepcionales, a la asignación de la función referida a persona distinta de uno y otro progenitor; cuando se entienda que los mismos no cumplen adecuadamente las obligaciones recogidas en el artículo 154 de citado cuerpo legal, o hacen dejación de las mismas».

³¹ GARCÍA PASTOR, M. (1997). *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, Madrid: McGraw Hill, pág. 102.

Al respecto, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508), que aunque la base normativa para atribuir la guarda y custodia a un tercero tiene lugar en el artículo 103.1 párrafo segundo del Código Civil en sede de medidas provisionales «no hay motivo para estimar que la norma excluye en fases posteriores del proceso (art. 90 CC prevé que el convenio regulador determine «la persona» que ejercerá la custodia, si exigir que sea un progenitor; no establece previsión contraria en la decisión judicial definitiva del art. 91 CC respecto de la eventual atribución de la custodia a terceros que se haya podido acordar en las medidas adoptadas con anterioridad, ni es extrañable un criterio prohibitivo en el art. 92 CC)». Por lo que entiende que «en todo caso, la actuación de oficio en interés del menor y la evitación de dilaciones por razones procesales, amparan también este entendimiento, sin perjuicio que, además de esta conveniencia para el interés del menor se reúna una situación de abandono o desamparo —que no hay indicios que concurra en el caso presente— pudieran actuar las instituciones de protección y tutelares previstas para tales supuestos» (*Fundamento de Derecho* 1.^o).

³² COLAS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, *op. cit.*, págs. 177, 178 y 184; LETE ACHIRICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos separados o divorciados (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2001)», *op. cit.*, pág. 1195; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», *op. cit.*, pág. 298. *Id.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1271); y, de 29 de marzo de 2001 (*La Ley* 3255/2001); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 21 de marzo de 2000 (*JUR* 2000/200502); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750).

³³ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «Comentario al artículo 92 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 940; por su parte, GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2005). «Comentario al nuevo artículo 92 del Código Civil». En: V. GUILARTE GUTIÉRREZ (director), *Comentario a la reforma de separación y divorcio*, director Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ, Valladolid: Lex Nova, pág. 138 señala que, el juez no podrá adoptar la decisión de privación de la patria potestad en ejecución de sentencia dictada en proceso matrimonial.

Ni tampoco, como señala MARÍN LÓPEZ M. J. (2009). «Comentario al artículo 92 del Código Civil». En: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (director), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, pág. 212, cabe la privación de la patria potestad por pacto o convenio regulador, pues es irrenunciable e indisponible. En cambio, cabe solicitarla en reconvencción, cuando uno de los progenitores ejercita demanda para la fijación de un régimen de visitas con el hijo, con el que hace tiempo no se relaciona.

³⁴ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 940.

³⁵ El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 28 de septiembre de 2011 (*La Ley* 247994/2011), dispone al respecto que «el principio de *favor minoris* conseguido en el artículo 39 de la Constitución española y sancionado en los Convenios internacionales suscritos por España, constituye la piedra angular sobre la que se asienta no solo las medidas que legalmente pueden adoptarse en relación con los menores, que se encuentran en situación de desamparo, sino que además, conforme al principio fundamental que ha de presidir las resoluciones que proceden de los tribunales de justicia; de ahí que, se tenga que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para los menores, procurando la concordia e integración de las normas jurídicas con los principios informadores de las últimas reformas legales tanto en el Código Civil como en la legislación autonómica, entre las que destaca el principio de prioridad de la propia familia, lo que comporta que el interés del niño pase, en primer término, por el derecho a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales, la previa comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquel en su propia familia, siempre que redunde en su interés.

Por tanto, solo en aquellos casos en los que el retorno al ámbito familiar supone o representa un riesgo o peligro para el superior interés del menor, deberán procurarse cualesquiera otras medidas que permitan y posibiliten, con las suficientes garantías, el ambiente apropiado para ofrecer una formación y desarrollo adecuado a su edad y así alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico, como en el psicológico y el moral».

³⁶ COLÁS ESCANDÓN A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., págs. 178 y 184. Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 14 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/253572); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750), precisa que «(...) no ha de olvidarse que la patria potestad, guarda y custodia y demás instituciones de protección de la infancia, son instituciones cuya finalidad es cumplir adecuadamente la función social inherente a la patria potestad cual es la de asegurar una formación integral y una integración en un entorno familiar y social lo más normalizado posible que la posibilite, de ahí que cuando la misma no es ejercida adecuadamente por los padres, se faculta a los jueces a adoptar al inicio, en el curso o al finalizar cualquier procedimiento, las medidas más adecuadas para lograr esos derechos»; y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2013 la excepcionalidad de la medida de atribución de la guarda y custodia de la menor Águeda se justifica «en las circunstancias especialmente graves concurrentes» que se aceptan en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, esto es, a través de los artículos 103.1 párrafo 2 y 158 del Código Civil y artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, 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.

³⁷ LETE ACHERICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuge separados o divorciados», op. cit., pág. 1191; COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., pág. 192. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de marzo de 2001 (La Ley 3255/2001); y, la sentencia de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508).

³⁸ *Vid.*, la sentencias de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.^a, de 14 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/254572), y, de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (*JUR* 2013/254508).

³⁹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 13 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/26981), atribución a la madre y a la abuela materna para el supuesto de que la madre ingrese en prisión.

⁴⁰ COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., págs. 186-191; CALLEJO RODRÍGUEZ, C., «La atribución de la guarda y custodia a persona diferente de los progenitores», op. cit., págs. 295-296. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 27 de enero de 2005 (*JUR* 2005/270013) «(...) el texto del artículo 170 del Código Civil no distingue entre si el incumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad, y que puede motivar su privación total o parcial, es o no voluntario, bastando que se produzca el mismo con una extensión tal que conlleve objetivamente el abandono psíquico y material o de ayuda al menor, ya que en definitiva lo que importa es el bien de los hijos, cuyo interés es el único y exclusivo fundamento de dicho derecho-deber o derecho-función en que la patria potestad viene configurada según los artículos 154 y siguientes del Código Civil»; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750). En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 2013, como recordamos, dentro de las circunstancias que se valoran, se consideran especialmente los incumplimientos e impedimentos llevados a cabo por la madre de las resoluciones anteriores en materia litigiosa, además en el hecho de no encontrarse a aquella psicológicamente en condiciones de asumir la guarda, y custodia de menores dada su inestabilidad emocional y en fin, en las especiales circunstancias que han rodeado la relación entre las partes, fuera de lo normal, se ha proyectado y se seguirá proyectando sobre unas menores en un constante

conflicto familiar agravado por una situación prolongada de litigios civiles y penales con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan, especialmente por lo que respecta a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna «dando primacía a su odio», como señala la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

⁴¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 27 de enero de 2005 (*JUR* 2005/270013).

⁴² Como precisa, COLÁS ESCANDÓN A. M.ª, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., págs. 195-196, cabe plantear dos soluciones respecto al carácter que, debe darse al consentimiento del tercero: 1. Entender que la atribución a tercero de la guarda y custodia del menor, se asimila a la sumisión a su tutela y, que por ello, les es de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 217 del Código Civil por lo que el juez deberá solicitar el consentimiento del tercero, a fin de informarles de la adopción de la medida y para que asienten sobre aspectos como la duración de la situación, pero el ejercicio del cargo es obligatorio para ellos; 2. Considerar que el consentimiento es presupuesto ineludible para otorgar al tercero la guarda y custodia del menor sobre la base: a) Así se desprende del propio tenor literal del artículo 103.1 párrafo 2 del Código Civil; b) Se trata de una medida mucho más drástica y de mayor repercusión y responsabilidad para los abuelos, que deberán ejercer funciones tutelares por los que su consentimiento es imperativo; c) La aplicación analógica de la exigencia de prestación de consentimiento previsto en el artículo 173.2 del Código Civil en los casos de acogimiento familiar, que requiere el consentimiento de las personas que reciben al menor para poder adoptar esta medida. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 1.ª, de 22 de septiembre de 1998 (*AC* 1998/8522), no se atribuye a los abuelos maternos, pues, no se puede involucrar en el procedimiento de modificación de medidas a personas que no son parte y por tanto, no han podido ser oídos en el proceso; y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6ª, de 17 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/50750).

⁴³ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de marzo de 2001 (*La Ley* 3255/2001); y, de 2 de octubre de 2003 (*La Ley* 10396/2004), y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 2.ª, de 30 de abril de 1997 (*AC* 1997/1644); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.ª, de 4 de enero de 2001 (*JUR* 2001/219187); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.ª, de 22 de junio de 2012 (*JUR* 2013/14943). En la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de noviembre de 2013, se señala precisamente que «sin perjuicio de que la medida que se acuerde, puede 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».

⁴⁴ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, op. cit., págs. 104-105.

⁴⁵ COLÁS ESCANDÓN, A. M.ª, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, op. cit., pág. 196; MOLINER NAVARRO, R. (2011). «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1665, 1666 y 1677. La Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre señala que el artículo 103 coherentemente con la modificación del artículo 90 prevé la decisión jurisdiccional, cuando falta el acuerdo entre los cónyuges, de encomendar en primer lugar, a los abuelos la tutela de los hijos de forma excepcional, pero antepuesta a la posibilidad de otorgar esta cuidado a otros parientes u otras personas o instituciones. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (*RJ* 1991/7447); 12 de febrero de 1992 / *RJ* 1992/1271); y, de 2 de octubre de 2003 (*La Ley* 10396/2004), en todas resoluciones la atribución de la guarda y custodia es a los abuelos maternos; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila, 13 enero 1992 (*AC* 1992/95), el informe pericial implica una alternativa cuyos polos son: la especial necesidad, teniendo en cuenta la edad del hijo, del cuidado materno o, por el contrario, una mayor proyección de estabilidad y seguridad por parte del padre y los abuelos paternos, con quienes conviven ambos, se prefiere en el presente caso, a estos últimos, y, en conse-

cuencia, al binomio bienestar-seguridad no exenta desde luego de cariño y afectividad que, bienestar-afectividad materna que, además es problemática; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 24 de noviembre de 1992 (AC 1992/1575), la atribución del cuidado de los hijos a los abuelos maternos como la opción más conveniente para el interés y bienestar del menor, sin perjuicio de un régimen de comunicación de los menores con sus padres; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, 30 de junio de 2000 (JUR 2000/270685), la atribución de la guarda y custodia a los abuelos maternos del menor como medida más adecuada e idónea y la que mejor protege el interés del menor; de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.^a, de 15 de julio 2002 (JUR 2003/6122), acreditación de los menores se encuentra perfectamente atendidos por los abuelos maternos quienes le facilitan todo tipo de ayudas económico personal y moral; de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.^a, de 29 de junio de 2007 (JUR 2007/336956); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 17 de septiembre de 2007 (JUR 2008/50750), atribución a los abuelos paternos, si bien para garantizar que la guarda sea ejercida efectivamente por ellos, y no por el padre, se estima necesario condicionarlo en lo sucesivo a la necesidad de salida de este último de su domicilio para evitar la interferencia negativa y riesgo de alienación de la figura de la madre que propicia esa convivencia; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 3 de marzo de 2010 (JUR 2010/166006), atribución de la guarda y custodia de la menor a los abuelos paternos por deseo de la menor; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 16 de septiembre de 2010 (JUR 2010/343065), atribución a la abuela paterna, convivencia con la menor de manera habitual; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 30 de marzo de 2011 (JUR 2011/327859), atribución a los abuelos maternos.

⁴⁶ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 21 de marzo de 2000 (JUR 2000/200502), atribuye la guarda y custodia del menor a los padrinos; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 14 de mayo de 2002 (JUR 2002/198890), se atribuye a la tía materna Elvira que, asumió desde su nacimiento la custodia y formación de la menor —Marta—, además de los fuertes vínculos afectivos entre la menor y los miembros de la familia de su tía, de modo que, la niña se siente plenamente integrada en este círculo, que le ha ofrecido más estabilidad, protección y seguridad dentro del entramado de conflictividad que existe entre sus progenitores; de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/160915), atribución a la tía materna por resultar la persona más idónea para los intereses de los hijos; de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 22 de julio de 2008 (JUR 2009/4314), atribución, asimismo, a la tía materna de la guarda y custodia. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 se atribuye al padre no biológico la guarda y custodia de la menor Águeda.

⁴⁷ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 13 de junio de 2011 (RJ 2011/4526), abuelos paternos y tía incapaces por sus circunstancias personales de hacerse cargo de la menor en condiciones que eviten un nuevo desamparo; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 4 de enero de 2001 (JUR 2001/219187), la adición del padre a opiáceos y el ingreso en prisión de la madre que, les imposibilita para afrontar adecuadamente los deberes inherentes a la patria potestad, cuales son en esencia, velar por ello, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 CC), correspondiendo entonces, por ministerio de la ley, a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores.

⁴⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 29 de junio de 2012 (RJ 2012/8190); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.^a, de 20 de julio de 2000 (AC 2000/1726); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.^a, de 27 de octubre de 2000 (JUR 2001/119395); de la Audiencia Provincial de Girona, sección 2.^a, de 28 de noviembre de 2002 (JUR 2003/120880); de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003/73321); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 6.^a, de 25 de junio de 2013 (JUR 2013/254508), que señalan que, el fin último que se persigue es la elección del régimen de custodia que resulte más favorable para el menor, en su propio interés.

⁴⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de 13 de enero de 1992 (AC 1992/95) donde precisa que, en los artículos 92 y 103 del Código Civil el principio informador

de las medidas es el beneficio o interés de los hijos que, deben fijarse y más desde luego, cuando por su edad, aún no son capaces de manifestar su voluntad; de forma que, cuanto mayores sean, más influyente debe reputarse su propia preferencia; de la Audiencia Provincial de Salamanca, 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/129317); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/44596); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de enero de 2003 (*JUR* 2003/121388); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 3 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/166006). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.^a, de 13 de marzo de 2003 (*JUR* 2003/121388), señala que, la simple voluntad de los menores no vincula, ni puede vincular al juzgador, pues, no se tiene que acordar el cambio de la guarda y custodia en base a sus meros deseos, y sin que concurren otras circunstancias objetivas que, prueben desde la perspectiva del «favor filii» la solución más ventajosa, beneficiosa y acomodada al interés del menor legalmente tutelado.

⁵⁰ La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona sección 1.^a, de 7 de noviembre de 2001 (*JUR* 2001/19436) señala que, el interés del menor aconseja no separar a los hermanos; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 18 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/129317) señala que el criterio de no separación de los hermanos «viene siendo aplicado en la mayoría de los casos, y debe ceder en supuestos concretos en que concurren circunstancias especiales que impongan dar prioridad al supremo interés del menor (...)»; en este último sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 2 de diciembre de 1999 (*AC* 1999/8229), mantiene la custodia de la menor a favor de los abuelos paternos y la tutela de la mayor en la Junta de Castilla y León que velará por su bienestar determinando en cada momento su situación. Se fija en ejecución de sentencia un régimen que permita una adecuada relación entre las dos hermanas cuyo deseo es vivir juntas; la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.^a, de 30 de junio de 2000 (*La Ley* 135268/2000), se atribuye la custodia de dos de los hijos al padre y, la de la menor a la abuela; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.^a, de 28 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/160915), atribuye la guarda y custodia de uno de los menores, de 17 años a su tía materna y del otro menor de 7 años a su abuela; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.^a, de 16 de septiembre de 2010 (*JUR* 2010/343065), se atribuye a la madre la guarda y custodia de la menor de las hijas (Selena), mientras que, se designa como tutora y encargada de la custodia de Lorena (de 15 años y embarazada) a la abuela paterna. Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 la regla general de no separar a los hermanos se entiende que representa implícitamente uno de los motivos para atribuir a don Julián la guarda y custodia de su hija biológica Olga y de Águeda, hasta entonces también su hija.

⁵¹ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 24 de noviembre de 1992 (*AC* 1992/1575), se atribuye la custodia de los hijos a la abuela materna como la opción más conveniente para el interés y bienestar del menor, sin perjuicio de un régimen de comunicación con sus padres.

⁵² La Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, reconoce el papel que desempeñan los abuelos «de cohesión y transmisión de valores en la familia», y, asimismo, declara que «el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales». En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004/4321) señala que, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determina que, aquella pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio, no cabe reducir la «relación personal» a un mero contacto durante un breve tiempo y nada impide que pueda comprender «pernoctar en casa o pasar una temporada con los mismos». Asimismo, la sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 20 de octubre de 2011 (*RJ* 2011/6843), reconoce el derecho del nieto a relacionarse con su abuela, pues, el interés a proteger es el de los menores. También en la sentencia de este Alto Tribunal, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de noviembre de 2013 (*La Ley* 179526/2013), dispone que, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, sin que nada obsta a la pernocta una vez atendidas las circunstancias en cada caso. La pernocta no puede acordarse con carácter general, pero tampoco puede impedirse indiscriminada-

mente. Y, las sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, 19 de diciembre de 2011 (*JUR* 2001/112099); derecho de visitas a favor de los abuelos paternos de cuatro horas los domingos por la mañana; de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2.^a, de 20 de junio de 2006 (*JUR* 2006/287657), derecho de visitas a favor de los abuelos paternos; de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.^a, de 26 de octubre de 2006 (*JUR* 2007/113950); y, de la misma Audiencia y sección, de 14 de junio de 2013 (*JUR* 2013/267617), derecho de visita a favor de los abuelos paternos, pues, debe mantener y propiciar la relación abuelo-nieto. Se puede fijar en el seno del proceso matrimonial, siendo simplemente absurdo remitir a las partes a un nuevo proceso para su eventual fijación.

Por su parte, el artículo 160.2 permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concorra justa causa y puede ser justa causa la hostilidad entre los padres y abuelos, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002/8462) considera que no constituye justa causa para la denegación de las visitas de los abuelos a los nietos la animadversión del padre hacia la familia de la madre ya fallecida, ni la influencia hipotética que los abuelos pudieran tener sobre sus nietos. Sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 19 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/112099), la enemistad y tensión existente entre la familia paterna y la materna del menor desaconsejan la atribución de la guarda y custodia del niño a la familia paterna, en concreto a la abuela paterna, al igual que un derecho de visitas.

⁵³ Así ha sucedido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.^a, de 5 de febrero de 2007 (La Ley 24295/2007), que ante la falta de idoneidad de la madre, se atribuye la custodia de la menor Soledad a su progenitor el Sr. Armando, al ser él quien, de hecho está dedicándose al cuidado de dicha menor. Respecto al menor Sebastián nos encontramos con el inconveniente que no es hijo biológico del Sr. Armando, aunque los informes periciales que obran en autos, conste que el menor ve al Sr. Armando como a su verdadero padre, y que lleva conviviendo con él desde los cuatro años, manteniendo ambos una buena relación en todos los niveles. No consta la filiación paterna y la madre ha desatendido las necesidades de sus hijos. Por lo que la protección de los menores y el respeto de sus derechos e intereses, se puede llevar a cabo mediante una serie de medidas dirigidas a erradicar y prevenir las situaciones de riesgo y desamparo, y para ello adopta la guarda de hecho (art. 303 CC), figura especial, independiente y distinta de las otras instituciones de protección de menores con un contenido propio y autónomo.

⁵⁴ En el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 9 de febrero de 1998 (*AC* 1998/3232), los abuelos maternos de la menor desempeñan la guarda y custodia que, no puede confundirse con la titularidad de dicha potestad que, solo corresponde a los padres. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.^a, de 22 de julio de 2008 (*JUR* 2009/43141), se atribuye la guarda y custodia a su tía materna, permaneciendo la autoridad familiar del padre biológico que puede tomar decisiones que, a la postre pueda tener trascendencia económica en orden a la prestación alimenticia. Se deja libertad a la menor para que se vea y se relaciona con su padre

⁵⁵ La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Gijón, número 11, de 27 de mayo de 2014 (La Ley 81764/2014) estima parcialmente la demanda formulada por la madre de una menor y declara el derecho de esta a percibir alimentos de sus abuelos, paternos y maternos, condenándoles al pago de una pensión de alimentos por importe de 250 euros mensuales. En primer lugar, la sentencia rechaza la posible falta de legitimación pasiva de los abuelos para la prestación de tales alimentos porque, aunque es cierto que el artículo 144 del Código Civil establece un orden en la prelación de alimentos, y de tal orden de prelación se deriva que la obligación de prestar alimentos recae de modo preferente sobre el padre de la menor; la cumplida acreditación de la carencia de medios económicos, no solo del padre, sino también de la madre demandante, opera como presupuesto para conferir legitimación pasiva a los abuelos. En segundo lugar, una vez determinada la existencia de una causa de necesidad en la solicitud de alimentos para la menor; la sentencia centra en la determinación de la cuantía de la pensión, que la madre cifra en la cantidad de 400 euros mensuales teniendo en cuenta el incremento de las necesidades de la menor. En este sentido, la sentencia destaca la diferente naturaleza jurídica de la obligación de alimentos que incumbe a los padres respecto de los hijos menores en situaciones de crisis matrimo-

nial, ex artículo 93 del Código Civil, respecto de la obligación de alimentos entre parientes a que aluden los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Así, mientras la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad dimana de la patria potestad, generadora tanto de derechos como de obligaciones paterno-filiales (arts. 110 y 154.1 CC), la institución de los alimentos entre parientes tiene su fundamento en la solidaridad familiar, prescinde para su regulación de toda noción de limitación de edad, se sustenta en presupuestos tales como la relación conyugal o de parentesco, y atiende a la necesidad del alimentista y a la disponibilidad pecuniaria del alimentante. Por tanto, concluye la sentencia, el deber de alimentar a los hijos menores constituye una prestación más amplia que la contenida en el artículo 143 del Código Civil y ello se manifiesta precisamente al tiempo de la fijación de la cuantía alimenticia, sin que pueda pretenderse, con el presente procedimiento, que se procesa a la mera sustitución de la obligación del padre, de manera automática y sin mayores elementos de valoración, por la prestación que se deba imponer a los abuelos, sino que, por el contrario, ha de atenderse a los criterios legales establecidos en materia de alimentos entre parientes, y ello desde la doble perspectiva: la de los conceptos que hayan de integrar tales alimentos, reflejados en el artículo 142 del Código Civil, y la relativa a los criterios de proporcionalidad para la fijación de su cuantía, recogidos en el artículo 146 del Código Civil. En relación con la primera perspectiva, la sentencia señala que la menor tiene cubiertas sus necesidades en materia de educación —pues asiste al Colegio «Alfonso Camín» de carácter público y, por tanto gratuito—, y sanidad —al no constar gasto médico alguno adicional, debiendo estimarse su asistencia en este punto por los Servicios Públicos de Salud—; de modo que son exclusivamente las referentes a alimentación y vestido las que deben ser objeto de atendimiento, estimando acorde a tales necesidades la cuantía de 250 euros fijada en el convenio regulador. Desde la segunda perspectiva, teniendo en cuenta los medios económicos de cada uno de los demandados, la sentencia establece que, aunque inicialmente pudiera predicarse el mantenimiento de una posición económica más desahogada por parte de los abuelos paternos al percibir mayores ingresos mensuales, y disponer de varios depósitos bancarios, sin embargo, la asunción por su parte de una ayuda directa a sus hijos determina que, tal posición se aproxime a la de los abuelos maternos, por lo que se distribuye la pensión de 115 euros a abonar por los abuelos maternos y 135 euros a satisfacer por los paternos.

⁵⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 29 de mayo de 2001 (La Ley 3255/2001), en que la menor se confía a la guarda y custodia de los abuelos maternos, dejando a salvo y a cargo de la madre, el derecho de representación de la menor; la administración de los bienes y las decisiones que no sean cotidianas de la vida ordinaria como las que haya de tomarse en el caso de enfermedad grave de la menor; o en el supuesto de elección de estudios.

⁵⁷ GARCÍA PASTOR, M., *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales*, *op. cit.*, págs. 104 y 107; LETE ACHIRICA, J., «La atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los hijos de cónyuge separados o divorciados», *op. cit.*, pág. 1193; MOLINER NAVARRO, R., «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés, T. II*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, pág. 1677.

⁵⁸ COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, pág. 201.

⁵⁹ MOLINER NAVARRO, R., «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *op. cit.*, págs. 1679-1680.

⁶⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 952.

⁶¹ COLÁS ESCANDÓN A. M.^a, *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, *op. cit.*, pág. 195.

⁶² DÍAZ MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 92 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 952.

⁶³ MOLINER NAVARRO, R., «Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente», *op. cit.*, pág. 1680.

Compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el supuesto de la separación de bienes*

Financial compensation in favor of the wife who contributed to the marriage with domestic work, in the event of the separation of property

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: La dedicación del sueldo del esposo al levantamiento de las cargas familiares no excluye la compensación económica en favor de la esposa que contribuyó a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico. Para su concesión es necesario probar una dedicación esencial o significativa de la esposa a las tareas familiares.

ABSTRACT: *The commitment of the husband's salary to the settling of family costs does not exclude the economic allowance in favor of the wife who contributed to the household expenses with domestic work. In order to apply this concession, it is necessary to prove the essential or significant dedication of the wife to family chores.*

PALABRAS CLAVE: Separación de bienes. Compensación económica a la esposa

KEY WORDS: *Separation of property. Financial compensation in favor of the wife*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. CARGAS FAMILIARES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—III. EXISTENCIA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS.—IV. JURISPRUDENCIA DEL TS DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. PRUEBA DE LAS TAREAS DE LA CASA DE FORMA EXCLUSIVA.—VI. LA COMPENSACIÓN Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN EL DERECHO FORAL.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Tras la ruptura del matrimonio surgen varios temas de especial consideración que plantean multiplicidad de problemas. Uno de ellos es el del objeto de este

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios Jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la profesora doctora doña Cristina de AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

comentario surgido al amparo de la STS Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2014¹, referido a la contribución de la esposa a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico y sus repercusiones tras la ruptura matrimonial. Donde, además, hay que tener en cuenta la situación en la que se ha desarrollado el matrimonio.

Los artículos 90 y 91 del Código Civil imponen a los cónyuges en los casos de cese de la convivencia por divorcio o separación la obligación de plasmar en el convenio regulador el deber de *contribuir a las cargas del matrimonio*, concepto abierto que por ello mismo ha sido objeto de diversas interpretaciones por la jurisprudencia.

A esta dificultad se une:

- la cuestión relacionada con la *atribución del uso de la vivienda familiar* a los hijos y al progenitor que con ellos se quede,
- la inclusión de la habitación entre los conceptos que engloban los alimentos (art. 142.1 CC)
- y el *régimen de bienes que rige la economía del matrimonio*, de acuerdo con cuya reglamentación se ha adquirido el inmueble que constituye la vivienda familiar.

En la resolución de todas estas dificultades hay que tener en cuenta en todo caso el *interés principal de los menores*, por ejemplo a los efectos de atribución del uso de la vivienda familiar, el régimen de guarda y custodia (compartida o no), el derecho de visitas, el derecho de alimentos y su mínimo vital...

Y además, la resolución de otras dificultades, como es la determinación del concepto de cargas o de gastos familiares.

Por ejemplo, para hacer frente al *pago de deudas contraídas constante matrimonio, se ha de tener en cuenta el régimen económico matrimonial elegido por los cónyuges en su momento*². Así, en el caso de haberse pactado el régimen económico de gananciales la hipoteca que grava el piso que constituye la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales y por lo tanto, incluida en el artículo 1362,2^a del Código Civil. De ahí que, mientras subsista la sociedad, la hipoteca debe ser pagada por mitad por los propietarios del piso que grava, los cónyuges. Es un problema de liquidación de la sociedad de gananciales, que debe resolverse entre los cónyuges en el momento de la disolución y consiguiente liquidación del régimen³.

De lo que no hay duda es que son de cargo de la sociedad de gananciales todas las obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, salvo prueba en contrario⁴.

Pero si se ha pactado el *régimen económico de separación de bienes*, los gastos producidos por los bienes adquiridos en común durante el matrimonio *no pueden considerarse como cargas del matrimonio*, de modo que el cónyuge que cuente con mayores recursos económicos no está obligado a una mayor contribución. Tales bienes se rigen por las normas de la copropiedad, que establecen que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales⁵. De ahí que ambos cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, estén obligados a pagar por mitad las cuotas de las hipotecas que gravan las fincas pertenecientes al matrimonio⁶.

Por otro lado, los gastos que pueden afectar a la vivienda familiar, esto es, los relacionados con la conservación y mantenimiento del inmueble destinado a vivienda familiar, sí tienen la categoría de gastos familiares aun después de la disolución del matrimonio⁷.

Los gastos *alimenticios en sentido estricto* constituyen sin duda una carga familiar, calidad que les otorga condición de carga a deducir del haber ganancial⁸.

Así nos lo recuerda ROCA TRIAS en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de julio de 2011⁹, diciendo que «la reforma del Código Civil que tuvo efecto por ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el artículo 1438 del Código Civil en la regulación del régimen de separación de bienes, que pueden pactar los cónyuges o que se aplica en aquellos supuestos previstos en el artículo 1435 del Código Civil». Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas que analizaremos más adelante.

II. CARGAS FAMILIARES Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

¿QUÉ SE ENTIENDE POR CARGAS FAMILIARES? ¿QUÉ PARTIDAS INTEGRAN LAS CARGAS FAMILIARES?

La SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 24 de abril de 2008¹⁰, en relación con un bien inmueble privativo adquirido por la esposa con anterioridad al matrimonio, que ha venido rigiéndose por la absoluta separación de bienes y gravado con un crédito hipotecario el cual fue contraído por la titular aunque fue sustituido vigente el matrimonio por otro en el que el esposo asumía la corresponsabilidad de pagar las nuevas cuotas hipotecarias como consecuencia de la ampliación de la hipoteca, indica que no alterara la titularidad privativa de la vivienda, sin perjuicio de la liquidación del régimen de participación o de lo que uno de ellos deba reclamar al otro por pagar parte del precio de un bien privativo. Pero lo que nos interesa es su afirmación de que «*el préstamo no se concertó para adquirir la vivienda familiar, por lo que no constituye carga familiar y, por tanto, sin quedar el esposo eximido de su pago, la sentencia dictada en proceso matrimonial no ha de contener pronunciamiento al respecto*».

La SAP de Barcelona, Sección 12.^a, Auto de 22 de mayo de 2008¹¹, indica que el concepto de cargas familiares contenido en el título ejecutivo *abarca la prestación constituida no solo por la alimentación de los hijos del matrimonio, sino también la obligación del abono de la cuota hipotecaria por la suma total establecida en el mismo*, por lo que el ejecutado debió de haber cumplimentado en sus propios términos el título judicial, ingresando dicha suma en la cuenta designada por la esposa, en lugar de ingresar menor importe y hacerse cargo además del ingreso de la parte que le correspondía de las cuotas hipotecarias.

La doctrina se ha encargado de proponer ejemplos de lo que se entiende por cargas familiares, así la hipoteca del piso de vacaciones o de la vivienda familiar si son únicamente bienes personales de uno de los cónyuges, pero son usados por la familia, deben computarse como cargas familiares, así como el propio uso de los mismos que deberá computarse en la contribución por las rentas de mercado de dichos bienes, como contribución en especie.

¿CUÁL ES LA CUANTÍA QUE DEBE DE APORTAR CADA CÓNYUGE?

En cuanto al *contenido* de la compensación *ex artículo 1438* del Código Civil, el FJ 5.º de la STS de 14 de julio de 2011 indica que ninguna de las normas (catalanas, valenciana...) hacen referencia a la necesidad de enriquecimiento por parte del cónyuge que debe pagar la compensación por trabajo doméstico, que si bien apareció en el proyecto de reforma del Código Civil en 1981, desapareció en el texto definitivo. Y consolida la doctrina de que «para que uno de los cón-

yuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el artículo 1438 del Código Civil será necesario: 1.º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2.º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico».

La *cuantía* de la compensación es difícil de determinar. El artículo 1438 del Código Civil se remite al *convenio*, o sea que los cónyuges, al pactar este régimen, pueden determinar los parámetros a utilizar para fijar la concreta cantidad debida y la forma de pagarla. Si no hay convenio será el juez quien deba fijarla, para lo cual el Código no contiene ningún tipo de orientación¹².

En el régimen de separación de bienes los gastos de los bienes propios de cada cónyuge, o de su negocio no son carga del matrimonio, salvo que su uso sea de la familia. En el caso de la vivienda familiar, si es bien privativo de uno de los cónyuges, su uso sí es una contribución a las cargas del matrimonio. Sus gastos —luz, agua, teléfono, comunidad, etc.— son cargas familiares¹³.

El TS entiende que la noción de *cargas del matrimonio* debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto abarcan todas las obligaciones y gastos que exija la conservación y adecuado sostenimiento de los bienes del matrimonio y los contraídos en beneficio de la unidad familiar, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3ª CC).

Pero *no cabe considerar como cargas del matrimonio* los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio, pues precisamente el régimen económico vigente durante la convivencia matrimonial ha sido el de separación de bienes que excluye cualquier idea de patrimonio común familiar.

En consecuencia la solución adoptada es la de considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código Civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados.

La doctrina también ha analizado el problema en el caso de inexistencia de pacto. DE VERDA se ha decantado por dar respuestas a la indecisión del legislador al establecer «recursos», y afirma que «dentro de esta categoría pueden entenderse incluidos tanto los ingresos actuales de los cónyuges —salarios, pensiones, rentas mobiliarias e inmobiliarias netas, etc.— como los que eventualmente puedan percibir. Es decir, si un cónyuge tiene inmuebles vacíos susceptibles de alquilarse o tiene titulación y experiencia para ejercer una profesión u oficio debe hacerlo constar como reflejo de la responsabilidad y solidaridad familiar».

Determinada la cuantía que cada cónyuge debe aportar para soportar dichas cargas, el resto *será de libre disposición* para cada cónyuge. Y ello porque teniendo en cuenta que el principio básico en este régimen económico es el de absoluta separación de patrimonios, el *único límite* que tienen los cónyuges es el levantamiento de las cargas familiares.

¿Y en las uniones de hecho? La SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 16 de septiembre de 2009¹⁴, afirma que si en el convenio no se regula expresamente la liquidación de la situación de proindiviso de la vivienda, sino solo su uso,

pero en las medidas provisionales se estableció una suma a tanto alzado por los conceptos cargas familiares y alimentos de la hija, se debe entender que en dicha suma quedaba incluida la carga hipotecaria (los gastos de comunidad e IBI quedan vinculados al uso de la vivienda)¹⁵.

¿Hasta cuando se establece la necesidad de esta obligación? La SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2001¹⁶, entiende que con la sentencia de separación se disuelve el régimen económico matrimonial, por lo que el levantamiento de las cargas familiares se convierte en una obligación a extinguir con la liquidación, mientras que las deudas alimenticias nacen con la separación. Se extingue la obligación del esposo de abonar la cantidad que en la instancia se fijaba bajo el concepto de cargas familiares con la finalidad de que se atendieran los gastos generales de la vivienda. Tales gastos se entienden englobados en la pensión alimenticia establecida, cuya cuantía se entiende proporcionada a las posibilidades del padre y las necesidades de la hija.

En el mismo sentido la SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 12 de julio de 2013¹⁷ que afirma que la compensación no responde ni a la dedicación futura a la familia ni a la situación de desequilibrio, sino exclusivamente en *función objetiva de la dedicación pasada a la familia vigente en régimen económico de separación hasta su extinción. Indemnización que pretende compensar el trabajo doméstico acreditado de la esposa desde la vigencia de separación de bienes y hasta la fecha de la crisis matrimonial.*

Teniendo en cuenta el principio de *autonomía de la voluntad de los cónyuges*, estos pueden o previamente o con posterioridad establecer en capitulaciones matrimoniales la aportación que debe realizar cada uno al levantamiento de las cargas familiares¹⁸. Como el artículo 1438 del Código Civil no establece nada al respecto, la contribución queda a la creatividad de los cónyuges por ejemplo: pueden pactar el establecimiento de un porcentaje sobre sus ingresos, una cantidad periódica fija o variable, la asignación de frutos de determinados bienes (por ejemplo la renta o alquiler de una vivienda privativa de uno de ellos) o la atribución de determinados gastos a un cónyuge y otros al otro.

En base a lo cual cabe pensar si *¿podría establecerse que uno de los cónyuges quedase exonerado de contribuir a tales cargas?* En principio el artículo 1318 impone con carácter imperativo la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio.

Esta es una cuestión muy discutida en la doctrina tal y como constata MORENO VELASCO¹⁹, que entiende «la nulidad del pacto de exoneración por ir en contra de la igualdad de derechos entre los cónyuges o por ser contrario a las leyes, ya que el artículo 1.318 del Código Civil ordena con carácter imperativo la obligación de sostenimiento de las cargas familiares por ambos cónyuges. Sobre el mismo argumento se podría predicar la nulidad del pacto por el cual un cónyuge aportara todos sus bienes y recursos al sostenimiento de las cargas familiares... la mayor aportación de uno de los cónyuges a las cargas matrimoniales puede entenderse como un pacto tácito de hacerlo así, y ser una vía de defensa ante las reclamaciones del cónyuge que más aporta a las cargas matrimoniales al amparo del artículo 1438 del Código Civil»²⁰.

En relación con la cuestión de si pueden *excluirse de la obligación de contribuir a las cargas familiares* los frutos de determinados bienes, que han sido donados a los hijos sometidos a la patria potestad para que puedan hacer frente a los gastos derivados de su educación, la respuesta es afirmativa porque, aunque los padres pueden destinar los frutos de los bienes de los hijos, en la parte que corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, sin necesidad de rendir cuentas de lo consumido con tal finalidad, este supuesto es una de las excepciones a tal

obligación. No obstante, si los padres carecieran de medios, podrán solicitar al Juez la entrega de la cantidad que en equidad proceda²¹.

III. EXISTENCIA CONTRADICTORIA DE LAS AUDIENCIAS

Es importante señalar que la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2014²², objeto de este pequeño estudio, tiene su origen en el recurso de casación por interés casacional (motivo por el cual se desestima). Y el motivo se fundamenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

La cuestión de la existencia contradictoria de las Audiencias Provinciales se centra en la existencia de la concreción del *derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes, y que dicho derecho requiera que, habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio única y exclusivamente con el trabajo realizado para la casa*.

El TS entiende que dicho argumento ha sido alegado varias veces como motivo para entrar a examinar el interés casacional, y ha sido rechazado por los Autos de TS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de enero de 2014²³, de 3 de septiembre de 2013²⁴, de 16 de mayo de 2012²⁵, por diferentes ponentes que determinan la existencia de «un interés casacional artificioso, incapaz de cumplir el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha».

No obstante, en la STS de 31 de enero de 2014 la parte recurrente establece la existencia de jurisprudencia contradictoria citando dos grupos:

- En el primer grupo se atiende para la concesión de la indemnización a la desigualdad entre los esposos que no se produce cuando cada uno aporta al levantamiento de las cargas lo que tiene: uno el trabajo y otro el sueldo.
- En el segundo se atiende, por el contrario, al dato objetivo de la dedicación pasada a la familia vigente la separación de bienes.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TS DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

Por otro lado, la sentencia de esta Sala, de 14 de julio de 2011²⁶ en la interpretación del artículo 1438 del Código Civil, sienta como doctrina jurisprudencial, que el derecho a obtener la compensación por haber contribuido a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio *solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge*.

Esta conclusión es consecuencia de la concurrencia de tres reglas coordinadas, que hay que tener en cuenta de forma conjunta para decidir:

La obligación imperativa de ambos cónyuges de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, independientemente del régimen económico matrimonial pactado, como puede ser el de separación de bienes, que no exime a ninguno de los cónyuges del deber de contribuir.

Puede contribuirse con el trabajo doméstico. No es necesario, por tanto, que ambos cónyuges aporten dinero u otros bienes para sufragar las cargas del

matrimonio, sino que el trabajo para la casa es considerado como una forma de aportación a los gastos comunes, cuando uno de los cónyuges solo tiene posibilidades de contribuir de esta manera y ello para que pueda cumplirse el principio de igualdad del artículo 32 CE.

El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen.

Por lo demás, y en relación con los criterios para la interpretación del último inciso del artículo 1438 del Código Civil., para que uno de los cónyuges tenga derecho a obtener la compensación establecida en el artículo 1438 del Código Civil será necesario: 1.º que los cónyuges hayan pactado un régimen de separación de bienes; 2.º que se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Deben excluirse, por tanto, criterios basados en el enriquecimiento o el incremento patrimonial del otro cónyuge que no pueden tenerse en consideración cuando uno de ellos ha cumplido su obligación legal de contribuir con trabajo doméstico.

Es decir, la regla de aplicación resulta de una forma objetiva por el hecho de que uno de los cónyuges haya contribuido solo con el trabajo realizado para la casa, por lo que es contrario a la doctrina de esta Sala el tener en cuenta otra circunstancia distinta a la objetiva, como es, no el beneficio económico, pero sí que todos los emolumentos se hayan dedicado al levantamiento de las cargas familiares, lo que la sentencia denomina la inexistencia de «desigualdad peyorativa», lo que supone denegar la pensión cuando el 100% del salario se destina al levantamiento de las cargas familiares. Admitirlo supone reconocer lo que la doctrina de esta Sala niega como presupuesto necesario para la compensación, es decir, que el esposo se beneficie o no económicamente. Basta con el dato objetivo de la dedicación exclusiva a la familia para tener derecho a la compensación. Cosa distinta será determinar su importe.

V. PRUEBA DE LAS TAREAS DE LA CASA DE FORMA EXCLUSIVA

El artículo 1.438 del Código Civil se refiere a una compensación del trabajo para casa a la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes; su carácter es liquidatorio y no existe por tanto incompatibilidad con la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil.

Se valora el trabajo para casa, compensando el mismo con un contenido patrimonial, no moral, como contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio. Por ello se está pensando en la dedicación exclusiva a las tareas del hogar, sin que la mujer tenga una dedicación fuera del mismo. De manera que no cabe la compensación del trabajo realizado en el hogar cuando también se tiene un trabajo propio.

La Sentencia de 31 de enero de 2014 indica que en ningún caso consta en este procedimiento debidamente acreditado que *la esposa se hubiera encargado de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales.*

Se considera que *falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas.*

Y además ha habido una «*anticipada compensación pecuniaria*» a favor de la esposa, compensación que puede tenerse en cuenta aunque no se haga efectiva en el momento de la ruptura y consiguiente extinción del régimen económico de separación.

*El problema es que en ocasiones se han concedido compensaciones desmesuradas, y en otros casos se han denegado aún manifestándose las circunstancias idóneas para su concesión. Por tanto sería conveniente que los poderes públicos otorgaran un mayor reconocimiento a este infravalorado trabajo, y que se determinaran con mayor claridad los criterios a tener en cuenta para valorarlo y compensarlo*²⁷.

Pero *¿qué debe entenderse por trabajo para el hogar?* En primer lugar la *ejecución material del trabajo*. Pero también su *dirección y responsabilidad*, aunque alguna sentencia excluye la compensación cuando la esposa dispuso de servicio doméstico²⁸.

También las *relaciones sociales de la familia* y sobre todo la *atención de los hijos*, (llevar al colegio, reuniones de tutorías, reuniones con la dirección del colegio, las actividades extraescolares, las gestiones y compras derivadas de ambos conceptos —disfraces...— las actividades y agenda social de los niños (cumpleaños, y compra de regalos de cumpleaños), sin hablar de la función del ratoncito Pérez, de las compras de Reyes para la familia en general...). También están las cuestiones médicas para enfermedades, revisiones, vacunas, etc.²⁹.

Y ¿cómo se valora, concreta o determina? La Jurisprudencia (STS de 2011) y la doctrina creen que lo lógico sería computar la contribución a las cargas en función del salario medio de una empleada del hogar en función de una mayor o menor dedicación a las tareas del hogar. Aunque considero que una empleada de hogar no tiene esta dedicación tan especializada³⁰.

A pesar de que la compensación que otorgan los Tribunales no suele ser muy elevada, en ocasiones nos encontramos con pronunciamientos judiciales en los que la cuantía es bastante elevada. Es el caso de la Audiencia Provincial de Valladolid en su sentencia de 20 de julio de 2006³¹ que condenó al esposo al pago de 108.000 euros al haberse dedicado su esposa durante el período de 16 años de forma mayoritaria al trabajo para el hogar y al cuidado de las dos hijas fruto del matrimonio³².

Hasta este momento si uno de los cónyuges se dedica a las labores del hogar y dedicación a la familia y el otro tiene un trabajo remunerado, cada uno aportaría a las cargas en la misma proporción y no cabría, derecho a la compensación prevista en el artículo 1438 del Código Civil³³.

VI. LA COMPENSACIÓN Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES EN EL DERECHO FORAL

El régimen de separación de bienes aparece regulado en cinco de los ordenamientos jurídicos españoles y no todos admiten la compensación ni los que la admiten, le atribuyen la misma naturaleza³⁴.

Por ejemplo en Navarra, Aragón y en Baleares no existe ningún tipo de compensación para el cónyuge que haya aportado su trabajo para contribuir a las cargas del matrimonio. Así se establece en la ley 103, b) de la Compilación del Derecho Civil de Navarra; y en los artículos 187 y 189 del Código del Derecho Foral de Aragón; y, en el artículo 3 de la Compilación del Derecho civil de Baleares.

De hecho la SAP de Les Illes Balears, Sección 5ª, de 7 de febrero de 2013³⁵, indica que la carga de la familia en la que rige el régimen económico matrimonial de separación de bienes propio de la Compilación Balear, no existía una obligación de contribuir en la misma cantidad, sino en atención a los recursos económicos de cada cónyuge. En este supuesto se alegaba que la contribución del demandante debía ser superior a la de la demandada, al haberse dedicado

esta a mayores atenciones a la familia. Pero la Audiencia entiende que constante matrimonio, y tratándose del levantamiento de las cargas del matrimonio, esta norma debe prevalecer sobre las generales propias de la comunidad de bienes. No se trata de una liquidación del régimen del matrimonio, sino solo de la liquidación de una carga familiar aislada. Limitación de la condena únicamente a la cantidad reconocida como adeudada por la demandada³⁶.

El Código Civil catalán, sigue el modelo de la reforma contenido en el Derecho Común. Así, en su artículo 232-5.1, establece que «en el régimen de separación de bienes, si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre que en el momento de la extinción del régimen [...] el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior de acuerdo con lo que se establece en esta sección».

Ejemplo de este criterio legal es el mantenido en la SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 2010³⁷, que analiza el supuesto de la esposa que nunca abandonó su trabajo por razón del matrimonio sino que *mantuvo su empleo de médico*.

Si bien es cierto que su dedicación a la familia no comprometió su trabajo profesional, y las tareas domésticas del hogar vinieron siendo realizadas en mayor o menor medida por personas contratadas al efecto, más cierto es que se produjo durante el matrimonio un incremento del patrimonio del otro cónyuge, y la correspondiente pérdida de oportunidades o expectativas de formación profesional, promoción profesional o laboral de ella, y en definitiva, una pérdida de oportunidades de incrementar, con el trabajo o actividad realizadas fuera del hogar, el patrimonio propio.

La sentencia entiende que el parámetro preferente será el de la equidad por el trabajo prestado, y que será mayor o menor dependiendo del exclusivo o no, trabajo realizado para la casa, pero también la pérdidas de oportunidades y de incremento de su patrimonio.

Parecido es el contenido en el artículo 13.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que admite la compensación por el trabajo para la casa, que se considera también forma de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 12) Trabajo para la casa, que incluye no solo el trabajo para la casa propiamente dicho, sino también la atención a hijos, discapacitados o ascendientes en régimen de dependencia económica o asistencial, incluso la colaboración no retribuida o insuficiente que preste en el ejercicio de la actividad profesional del otro cónyuge³⁸.

Propone como criterios de valoración del trabajo para la casa, sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial correspondiente o del acuerdo al que lleguen los cónyuges: el costo de tales servicios en el mercado laboral, los ingresos que el cónyuge que preste tales servicios haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación al trabajo doméstico en cualquiera de sus manifestaciones enumeradas en el artículo precedente, o los ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiario de tales servicios en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

CREMADES GARCÍA, Purificación: «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar», en *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina,

18 de diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial *La Ley*. La Ley 41321/2008.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La compensación del trabajo doméstico del artículo 1.438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana», en *Actualidad Civil*, núm. 19, sección a fondo, quincena del 1 al 15 de noviembre de 2008, pág. 2077, tomo 2, editorial *La Ley*. La Ley 40135/2008.

MORENO VELASCO, Víctor: «Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil» en *Diario La Ley*, núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-199, Editorial *La Ley*. La Ley 3441/2010.

Contribución a las cargas familiares. *Actualidad Civil*, núm. 7, Sección Consultas, Quincena del 1 al 15 Abr. 2010, pág. 844, tomo 1, Editorial *La Ley*. La Ley 335/2010.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TC, TS, AP) CITADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2014, rec. 2535/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 16/2014. La Ley 6265/2014.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012, rec. 1852/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 726/2012. La Ley 181080/2012.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de julio de 2011, rec. 1691/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 534/2011. La Ley 111573/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de marzo de 2011, rec. 2177/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 188/2011. La Ley 9109/2011.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008, rec. 962/2002. Ponente: Encarnación Roca Trías. Núm. de Sentencia: 991/2008. La Ley 169518/2008.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2006, rec. 4112/1999. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 564/2006. La Ley 60487/2006.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de noviembre de 1987. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. La Ley 9981-R/1988
- Auto TS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de enero de 2014, rec. 902/2013. Ponente: Sebastián SASTRE PAPIOL. La Ley 845/2014.
- Auto TS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de septiembre de 2013, rec. 2776/2012. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. La Ley 138506/2013.
- Auto TS, Sala Primera, de lo Civil, de 16 de mayo de 2012, rec. 587/2011. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. La Ley 63014/2012.
- SAP de Les Illes Balears, Sección 5ª, Sentencia de 7 de febrero de 2013, rec. 562/2012. Ponente: Mateo Lorenzo RAMÓN HOMAR. Núm. de Sentencia: 52/2013. La Ley 12431/2013.
- SAP de Barcelona, Sección 13.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2009, rec. 672/2008. Ponente: Juan Bautista CREMADES MORANT. Núm. de Sentencia: 489/2009. La Ley 201108/2009.
- SAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 24 de abril de 2008, rec. 396/2007. Núm. de Sentencia: 257/2008. La Ley 72823/2008.

- SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 20 de julio de 2006, rec. 87/200. Ponente: Miguel Angel SENDINO ARENAS. Núm. de Sentencia: 269/2006. La Ley 108712/2006
- SAP de Barcelona, Sección 18^a, de 18 de septiembre de 2001, rec. 1315/2000. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUÍUS. La Ley 163247/2001.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española. Artículo 32.
- Código Civil. Artículos 90, 91, 1318, 1438.
- Código Civil Catalán. Artículo 232-5.1.
- Código del Derecho Foral de Aragón. Artículos 187 y 189.
- Compilación del Derecho civil de Baleares. Artículo 3.
- Compilación del Derecho Civil de Navarra. Ley 103, b).
- Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Artículo 13.2.

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2014, rec. 2535/2011. Ponente: José Antonio SELIAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 16/2014. La Ley 6265/2014.

² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de marzo de 2011, rec. 2177/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 188/2011. La Ley 9109/2011. El pago de las cuotas correspondientes a la *hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar* constituye una deuda de la sociedad de gananciales, y como tal, queda incluida en el artículo 1362.2.^a del Código Civil y *no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil*.

³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008, rec. 962/2002. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 991/2008. La Ley 169518/2008. La hipoteca que grava la vivienda familiar no debe ser considerada como carga del matrimonio en el sentido del artículo 90 del Código Civil, porque se trata de una deuda de la sociedad de gananciales incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil.

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código Civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362,2 del Código Civil, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de noviembre de 1987. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. La Ley 9981-R/1988.

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2006, rec. 4112/1999. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 564/2006. La Ley 60487/2006.

⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 26 de noviembre de 2012, rec. 1852/2011. Ponente: José Antonio SELIAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 726/2012. La Ley 181080/2012.

⁷ Esta solución ha sido también adoptada por el artículo 231-5 del Código Civil cat, que ha eliminado la consideración como cargas familiares el pago de las cuotas destinadas a la adquisición de los bienes destinados a vivienda. El artículo 233-23 del mismo cuerpo legal, declara, en su párrafo primero, que en el caso en que se haya atribuido el uso o

disfrute de la vivienda a uno de los cónyuges, «las obligaciones contraídas por razón de su adquisición... deberán satisfacerse de acuerdo con lo que disponga el título constitutivo», mientras que los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación, serán a cargo del cónyuge beneficiario del uso. Soluciones que coinciden con la jurisprudencia de la Sala Primera del TS.

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de noviembre de 1987. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. La Ley 9981-R/1988.

⁹ Fundamento Jurídico tercero de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de julio de 2011, rec. 1691/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 534/2011. La Ley 111573/2011.

¹⁰ La SAP de Las Palmas, Sección 3.ª, de 24 de abril de 2008, rec. 396/2007. Núm. de Sentencia: 257/2008. La Ley 72823/2008.

¹¹ SAP de Barcelona, Sección 12.ª, Auto de 22 de mayo de 2008, rec. 1176/2007. Ponente: Juan Miguel JIMÉNEZ DE PARGA GASTÓN. Núm. de Auto: 155/2008. La Ley 71058/2008. Reclamación de las cargas familiares. Oposición por cumplimiento del título ejecutivo, al haber atendido el débito mediante el ingreso de parte de la cantidad en concepto de alimentos de los hijos y abonando además el pago de la cuota hipotecaria, resultando que la suma por ambos conceptos alcanzaba a cantidad señalada en el título judicial como pensión por cargas familiares.

¹² De hecho en la STS de 14 de julio de 2011 indicó que «La sentencia recaída en primera instancia en este procedimiento señaló una cantidad a la que había llegado después de aplicar los criterios que se reproducen ahora: «en función del sueldo que cobraría por realizar el trabajo una tercera persona, de modo que se contribuye con lo que se deja de desembolsar o se ahorra por la falta de necesidad de contratar servicio doméstico ante la dedicación de uno de los cónyuges al cuidado del hogar». Esta es una de las opciones posibles y nada obsta a que el juez la utilice para fijar finalmente la cuantía de la compensación, por lo que se admite en esta sentencia».

¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2006, rec. 4112/1999. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 564/2006. La Ley 60487/2006. La doctrina de esta sentencia dice que: Los gastos producidos por los bienes adquiridos en común durante el matrimonio no pueden considerarse como cargas del matrimonio, de modo que el cónyuge que cuente con mayores recursos económicos no está obligado a una mayor contribución. Tales bienes se rigen por las normas de la copropiedad, que establecen que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales.

¹⁴ SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 16 de septiembre de 2009, rec. 672/2008. Ponente: Juan Bautista CREMADES MORANT. Núm. de Sentencia: 489/2009. La Ley 201108/2009.

¹⁵ Este supuesto específico ha sido analizado con detalle por MARTÍNEZ GALLEGU, Eva M.ª: «Compensación patrimonial en caso de ruptura de uniones de hecho» en *Práctica de Derecho de Daños*, Núm. 89, Sección Informe de Jurisprudencia, enero 2011. La Ley 15230/2010.

Analiza la SAP de Tarragona (Sección 1.ª) de fecha 23 de enero de 2009, en el que la actora solicita de un lado la declaración de la extinción de la unión estable de pareja de hecho y de otro, el reconocimiento de una compensación económica de 18.000 euros al haberse dedicado durante el tiempo de la unión casi en exclusiva al cuidado de su pareja y de la casa, sin haber obtenido retribución económica alguna por ello, teniendo además que renunciar a su trabajo y a la posibilidad de promoción laboral y la consiguiente pérdida de ingresos por atender a su pareja durante diversas enfermedades y periodos de convalecencia.

Se refiere también a la Jurisprudencia del TSJC la cual «considera procedente la compensación cuando al cesar la convivencia haya quedado disminuida la capacidad de obtener ingresos por la dedicación a la casa y a la familia sin exigir una participación directa en la formación del patrimonio (Sentencia de 4 octubre de 2004).

De este modo, cuando de la valoración de las pruebas practicadas queda acreditada que la solicitante no trabajaba antes del inicio de la convivencia *more uxorio*, puede afirmarse que no se le ha generado una disminución de su capacidad para obtener ingresos, por lo que no se ha producido una pérdida de oportunidades laborales ni profesionales, al estar siempre en situación de desempleo no subsidiario, por lo que no procede compensación alguna en caso de ruptura de la pareja (SAP Barcelona de fecha 6 de febrero de 2009)».

Recoge la SAP de A Coruña de 26 de septiembre de 2008, la cual se concede a la actora pensión compensatoria por importe de 800 euros mensuales por un periodo de tres años, dado que se acredita que esta con el cuidado y dedicación a la familia y al hogar, ha contribuido de forma notoria a la mejor calidad de vida del demandado y el hijo de este, que se benefician; lo que constituye una importante contribución al levantamiento de las cargas de la unidad familiar que formaban. Es más, el demandado le había impedido durante el tiempo que duró la convivencia desarrollar ciertos trabajos; así como el que tuviese que dejar otros por la necesidad de cuidar a su hijo. Ello concluye la sentencia supone una pérdida de oportunidades de continuar en el mercado laboral, con las consiguientes repercusiones. Ahora se ve obligada a reincorporarse, cuando ya tiene 49 años; y además ha perdido la posibilidad de obtener cotizaciones a la Seguridad Social, con la afectación en cuanto a los futuros derechos pasivos, subsidios de desempleo, etcétera. Por todo ello, sí se ha producido un enriquecimiento injusto que justifica la indemnización solicitada.

Y, la doctrina contenida en la SAP de Les Illes Balears de 1 de junio de 2007, en la que la Sala afirma que por la dedicación de la actora a la familia durante 17 años y la dedicación del demandado exclusivamente a su trabajo profesional trae como consecuencia que este se ha visto enriquecido injustamente por dicha dedicación de su compañera, y este enriquecimiento injusto se ha de traducir en el derecho de la actora a una justa compensación económica.

¹⁶ La SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 18 de septiembre de 2001, rec. 1315/2000. Ponente: Ana María Hortensia GARCÍA ESQUIUS. La Ley 163247/2001.

¹⁷ SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 12 de julio de 2013, rec. 210/2013. Ponente: Milagros MARTÍNEZ RIONDA. Núm. de Sentencia: 415/2013. La Ley 176201/2013.

Estudia el supuesto de un matrimonio de larga duración durante el cual la esposa se ha dedicado en exclusiva al cuidado del marido y de los tres hijos, lo que ha permitido que el esposo se pudiera ocupar exclusivamente de su actividad profesional, constituyendo así una empresa de la que provienen todos los ingresos de la unidad familiar, siendo además el único propietario de las participaciones sociales. Desequilibrio económico que justifica el reconocimiento del derecho a la percepción de una pensión compensatoria. La esposa carece por completo de patrimonio privativo relevante y su única experiencia laboral acreditada ha consistido en un contrato en prácticas en un Taller de Empleo. Pronóstico desfavorable a una pronta incorporación al mercado de trabajo que permita la predeterminación de un plazo temporal de vigencia. Cuantificación por remisión al sueldo que se cobraría por realizar el trabajo.

¹⁸ Si cada cónyuge ingresa en una cuenta común donde se cargan los gastos familiares un 25% de su sueldo, es un acuerdo tácito...

¹⁹ A su juicio los cónyuges pueden pactar lo que deseen, ya que el criterio de la proporcionalidad es completamente subsidiario y existe la libertad de contratación entre los cónyuges prevista en el artículo 1323 del Código Civil sin perjuicio de la evidente dosis de gratuidad que supondría tal pacto. Solo en el caso de no pactarse nada es cuando intervendría el criterio legal de proporcionalidad y, de contribuir uno de los cónyuges en mayor proporción a sus recursos que el otro cónyuge, se produciría un derecho de reembolso en el cónyuge que más aporta.

²⁰ MORENO VELASCO, VÍCTOR: «Aspectos prácticos de la contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes en el Código Civil» en *Diario La Ley*, Núm. 7425, Sección Tribuna, 16 de junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-199, Editorial La Ley. La Ley 3441/2010.

²¹ Contribución a las cargas familiares. *Actualidad Civil*, Núm. 7, Sección Consultas, Quincena del 1 al 15 de abril de 2010, pág. 844, tomo 1, Editorial La Ley. La Ley 335/2010.

²² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de enero de 2014, rec. 2535/2011. Ponente: José Antonio SEÍAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 16/2014. La Ley 6265/2014. La ahora recurrente, doña Belinda, casada con don Imanol, en régimen de separación de bienes, recurre la sentencia de la AP de Valladolid *exclusivamente en lo que se refiere a la compensación económica del artículo 1438 del Código Civil*, que se le niega porque el sueldo del marido se ha dedicado en su totalidad al levantamiento de las cargas familiares, y porque la mujer no ha probado una dedicación esencial o significativa a las tareas familiares sin que pueda «presumirse por el mero hecho de no haber trabajado fuera de casa, ni se ha producido una

prueba de pérdida de expectativas profesionales o económicas que le hubiesen proporcionado más recursos o tantos recursos al menos como los que pretende que se le compensen por la vía del artículo 1438».

²³ TS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 21 de enero de 2014, rec. 902/2013. Ponente: Sebastián SASTRE PAPIOL. La Ley 845/2014.

²⁴ TS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 3 de septiembre de 2013, rec. 2776/2012. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. La Ley 138506/2013.

²⁵ TS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 16 de mayo de 2012, rec. 587/2011. Ponente: José Antonio SELIAS QUINTANA. La Ley 63014/2012.

²⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de julio de 2011, rec. 1691/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRIAS. Núm. de Sentencia: 534/2011. La Ley 111573/2011.

Dionisio y Macarena contrajeron matrimonio y tuvieron una hija. Previamente en capitulaciones matrimoniales pactaron el régimen de separación de bienes. La esposa se dedicó al trabajo del hogar durante la convivencia. Tras el divorcio esta solicitó en la demanda una pensión compensatoria de 1500 euros mensuales y que «en concepto de indemnización ex artículo 1438 a favor de Macarena con cargo a Dionisio se establezca la suma total de 167.400 euros, que deberá ser abonada en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia». La sentencia del Juzgado de 1.ª instancia reconoció una pensión compensatoria por el periodo de cinco años, para que pudiera ponerse al día y conseguir un empleo; pero indicó que la compensación económica, no permite una participación del cónyuge que aportó su trabajo doméstico en el patrimonio privativo del otro; «es una prestación económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, y el cálculo de la cuantía habrá de hacerse no en función del incremento patrimonial que haya tenido el otro cónyuge durante el tiempo que duró la vida en común, pues el artículo 1438 es claro y solo contempla una compensación por el trabajo prestado a la casa», porque este no se retribuye en el seno de las relaciones familiares. La cantidad que se atribuyó fueron 108.000 euros, «que resulta de multiplicar 600 euros, que costaría una empleada del hogar al mes, por doce meses, y multiplicado por los 15 años de duración del matrimonio».

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, dijo que «en el caso que se examina estamos ante un régimen de separación de bienes libremente pactado y no se ha acreditado que la dedicación de la esposa a la familia, de la que forma parte una sola hija, haya permitido un incremento de beneficios a favor del esposo, toda vez que la mayor parte del patrimonio inmobiliario fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio y por lo tanto no entra en los parámetros del artículo 1438 del Código Civil. Es decir, no cabe apreciar un incremento patrimonial injustamente adquirido por razón de la dedicación por parte de la esposa a las cargas de atención y cuidado de la familia». En consecuencia, se revocó la compensación del artículo 1438 del Código Civil acordada en la sentencia de primera instancia.

El TS FJ 2.º afirma que «El núcleo central de la discusión lo constituye la respuesta a la pregunta sobre si es necesaria o no la existencia de un incremento patrimonial a favor del cónyuge deudor como consecuencia del trabajo realizado en el hogar por el cónyuge acreedor para obtener la compensación del artículo 1438 del Código Civil. O si bien es suficiente la dedicación pasada a la familia por parte del solicitante, que ha impedido la propia proyección personal y ha servido de base y ayuda, liberándose al otro cónyuge, que puede ejercer su carrera profesional. Se han producido dos líneas de resolución en las sentencias: una objetiva, de modo que el derecho a la compensación surge únicamente cuando el cónyuge se dedica a las tareas del hogar, con fundamento en la pérdida de expectativas laborales o profesionales. Frente a esta tendencia, otra línea interpretativa entiende que debe tenerse en cuenta el incremento o enriquecimiento en el patrimonio del esposo».

²⁷ ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La compensación del trabajo doméstico del artículo 1.438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana», en *Actualidad Civil*, núm. 19, sección a fondo, quincena del 1 al 15 de noviembre de 2008, pág. 2077, tomo 2, editorial La Ley. La Ley 40135/2008.

²⁸ La SAP Sevilla, Secc. 2.ª, 206/2007, de 27 de abril, Rec. 1988/2006, Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA señala que: «... no existe causa justificadora del reconocimiento de un derecho a la pretendida indemnización, pues el matrimonio ha dispuesto de servicio

doméstico más que suficiente tanto en la vivienda habitual como en las segundas residencias, bien sea en el campo bien en la costa, como suele ser habitual en familias de elevado nivel económico. D.^a Sara dejó la actividad laboral que, como empleada de la compañía aseguradora Cervantes SA, desempeñaba seis años antes de contraer matrimonio, pues sus recursos económicos no resultaban necesarios, lo que le permitió desarrollar una vida más confortable y apacible, pero no lo hizo para atender en exclusiva al hogar familiar dedicando su tiempo a las tareas domésticas —trabajo para la casa— y exonerando al matrimonio de la carga de pagar a empleadas del hogar...».

²⁹ Como ponen de manifiesto entre otras las SSAP Alicante de 8 de octubre de 1999; de Toledo, Secc. 1.^a, 407/1999, de 9 de noviembre; de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3.^a, 138/2004, de 26 de marzo o la de Valencia, Secc. 9.^a, de 7 de julio de 2001.

³⁰ CREMADES GARCÍA, Purificación: «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar», en *Diario La Ley*, núm. 7079, Sección Doctrina, 18 Dic. 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley. La Ley 41321/2008.

³¹ SAP de Valladolid, Sección 3.^a, de 20 de julio de 2006, rec. 87/200. Ponente: Miguel Angel SENDINO ARENAS. Núm. de Sentencia: 269/2006. La Ley 108712/2006

³² Para determinar la indemnización el Juzgador de la instancia aplicó un módulo cuantificador correspondiente a 600 euros mensuales por entender que es la referencia general al salario mínimo interprofesional. En este caso concreto no nos parece muy acertada la decisión del Tribunal, ya que previamente al nacimiento de las menores la esposa trabaja a media jornada como auxiliar administrativa en una clínica. Si bien es cierto que el nacimiento de las menores irrumpió con su actividad laboral, también es cierto que en el momento en que las menores tuvieron edad suficiente para ir al colegio, la esposa perfectamente podía haber reanudado su actividad laboral. Lo que queremos decir, es que hay que valorar todas las circunstancias concretas, si la esposa ha dejado de trabajar y por tanto ha dejado de percibir un salario, si el esposo como consecuencia de ello se ha beneficiado de tal situación, si él también ha contribuido en el trabajo doméstico, etc.

³³ SAP Zaragoza, Secc. 2.^a, 125/2009, de 3 de marzo, Rec. 666/2008, Ponente: Francisco ACIN GAROS que señala que «... si como en el caso ha sucedido según lo que resulta de lo actuado, la esposa se dedicó al cuidado de la familia y los únicos ingresos que entraron en la casa fueron los obtenidos por el esposo, quien se los entregaba a aquella para atender las cargas familiares, no constando, por otro lado, que el esposo se haya hecho durante el matrimonio con más bienes que los existentes con anterioridad al mismo, debe concluirse que la contribución de ambos cónyuges, uno con el trabajo fuera de la casa y la esposa con el trabajo dentro de ella, merece la misma valoración, y, por ello, que ninguna indemnización cabe fijar a favor de la Sra. Sacramento...».

³⁴ *Vid.* ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La compensación del trabajo doméstico del artículo 1.438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana», en *Actualidad Civil*, núm. 19, sección a fondo, quincena del 1 al 15 de noviembre de 2008, pág. 2077, tomo 2, editorial La Ley. La Ley 40135/2008

³⁵ SAP de Les Illes Balears, Sección 5.^a, Sentencia de 7 de febrero de 2013, rec. 562/2012. Ponente: Mateo Lorenzo RAMÓN HOMAR. Núm. de Sentencia: 52/2013. La Ley 12431/2013

³⁶ En el FJ 3.^o se afirma que: «las cuotas hipotecarias relativas a la que ha sido vivienda familiar es una carga de matrimonio, la contribución de Eva María debía ser inferior a la de su esposo, sin que puedan olvidarse sus ingresos por las actividades reseñadas, las ayudas en su nombre por los padres del matrimonio al negocio del taller, y la mayor dedicación al hogar y la familia de la esposa, constante matrimonio, lo que constituye el trabajo para la familia del artículo 4 de la Compilación. Entendemos que constante matrimonio, y tratándose del levantamiento de las cargas del matrimonio, dicha norma debe prevalecer sobre las generales del artículo 392 del Código Civil y ss, en el bien entendido que la situación tras el divorcio es sumamente distinta, de modo que con posterioridad a la ruptura cada uno de los condóminos debe abonar la mitad de su importe. ... si bien es cierto que el régimen de separación de bienes se caracteriza porque no se da ningún tipo de unión o confusión patrimonial, en el caso que nos ocupa, las cuotas se han abonado con cargo a una cuenta conjunta de los dos esposos en la Caja de Ahorros de Baleares, en la que se ingresaban periódicamente unas sumas dinerarias de procedencia desconocida, si bien presumiblemente

debían provenir mayoritariamente de los ingresos del esposo por su actividad de mecánico en el taller que explota. Con cargo a dicha cuenta también se cargaban otros gastos del matrimonio, en situación que se alteró en el mes de octubre de 2.008. Al no haberse solicitado una liquidación del régimen del matrimonio, y solo únicamente de una carga familiar aislada, como es el pago de la hipoteca que grava el que fue domicilio familiar, que, en su caso, debía compensarse con otras, consideramos que la demanda no puede prosperar en cuanto a la reclamación referida hasta el mes de enero de 2.009 inclusive, fecha en la que se dicta el auto de medidas provisionales, si bien del examen de la cuenta bancaria se infiere que el cese de la convivencia matrimonial pudo tener lugar en septiembre de 2.008.

³⁷ SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 9 de febrero de 2010, rec. 197/2009. Ponente: Margarita Blasa NOBLEJAS NEGRILLO. Núm. de Sentencia: 73/2010. La Ley 29531/2010.

³⁸ CREMADES GARCÍA, Purificación: «El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar», en *Diario La Ley*, Núm. 7079, Sección Doctrina, 18 de diciembre de 2008, Año XXIX, Ref. D-371, Editorial La Ley. La Ley 41321/2008.

1.3. DERECHOS REALES

Propiedad horizontal y protección de las personas con discapacidad. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2013

Horizontal Property and protection of persons with disability. Concerning the Judgment of the Supreme Court of October 10 2013

por

GEORGINA ALVAREZ MARTÍNEZ

*Doctora en Derecho por Universidade da Coruña
Profesora Colaboradora en el Máster de Ejercicio Profesional
de la Abogacía de la UNIR*

RESUMEN: Este estudio aborda un caso resuelto por el Tribunal Supremo, en el que se debió decidir si era conforme a derecho la oposición de una Junta de Propietarios a instalar una silla, brazo o elevador que facilitase el acceso a una piscina a personas con discapacidad. Con motivo de esta consideración se analizan las distintas modificaciones de que han sido objeto los artículos 10, 17, y 18 de la Ley de Propiedad horizontal.

ABSTRACT: *This study tackles a case decided by the Supreme Court, in which it was necessary to have decided if there was in accordance with Law, the opposition from a Board of Owners to install a chair, arm or elevator that provides access to a swimming pool to persons with disability. On the occasion of this consideration there are analyzed the various changes that have been articles 10, 17 and 18 of Horizontal Property Law.*

PALABRAS CLAVE: Propiedad Horizontal. Personas con discapacidad. Tribunal Supremo. Junta de propietarios. Obras de accesibilidad. Juicio de equidad

KEY WORDS: *Horizontal Property. Persons with disability. Supreme Court. Board of Owners. Accessibility Works. Trial of equity*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2013: 1) LOS ANTECEDENTES DEL FALLO. 2) FUNDAMENTOS DE DERECHO Y FALLO.—III. COMENTARIO: 1) TERMINOLOGÍA: PERSONAS DISCAPACITADAS VS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. 2) INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS DE ACCESIBILIDAD. 3) ¿FALTA DE UNANIMIDAD COMUNAL Y JUICIO DE EQUIDAD?—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Numerosos son los instrumentos jurídicos —internacionales y nacionales¹—, y diversas son las actividades que se acometen —desde el ámbito público y priva-

do—, para que las personas con discapacidad puedan participar en la vida social en igualdad de condiciones que los demás, así como gozar de sus derechos sin barreras. Pese a ello, curiosamente, el día a día de muchas de estas personas resulta a veces una verdadera encrucijada². Quizás todavía nos falta asumir una mayor conciencia y sensibilidad frente a las necesidades vitales de este colectivo de personas³. En esta tarea la jurisprudencia puede contribuir notablemente⁴ —se espera que así lo haga—, y por ello nos ha parecido oportuno comentar un caso resuelto por el Tribunal Supremo, en el que se debió decidir si era conforme a derecho la oposición de una junta de propietarios a instalar una silla, brazo o elevador que facilitase el acceso a una piscina a personas con discapacidad.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2013

1. LOS ANTECEDENTES DEL FALLO

Don Benjamín y doña Zulima, padres con patria potestad rehabilitada respecto a su hijo con discapacidad —por razón de un accidente de tráfico— y miembros de una Comunidad de propietarios, instaron la autorización para instalar una silla, brazo o elevador en la piscina que permita bañarse al mencionado hijo, asumiéndose los gastos de instalación y permitiese. Se detalló, a su vez, que el aparato constaba de un anclaje sencillo y que no queda fijo en la piscina, sino que se quitaba y ponía. La junta de propietarios denegó la instalación interesada mediante Acuerdo de fecha de 24 de agosto de 2009, con la siguiente mayoría: 51 votos se opusieron a la instalación y 35 votos a favor de la misma.

Frente a tal denegación los demandantes ejercitaron la acción de impugnación de acuerdos sociales, conforme al artículo 18.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, por ser contrario a los artículos 10 y 17 de la misma Ley, y siempre en relación con el artículo 396 del Código Civil. En esta oportunidad procesal no se invocó, así lo advierte el TS, la Ley 15/1995, de 30 de mayo sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, ni tampoco la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La sentencia dictada en Primera Instancia —Juzgado núm. 3 de Gandía—, de 3 junio de 2010, estimó la demanda y declaró «la obligación legal de la misma (de la Comunidad de Propietarios) de hacer efectiva la accesibilidad por parte de personas con discapacidad o mayores de 70 años, a los elementos comunes a través de las obras, instalaciones o reformas que resulten necesarias para ello». Más tarde, la Audiencia Provincial de Valencia —Sección 11.^a— revocó esta sentencia. Contra ello, la parte demandante interpuso recurso de casación fundándose en dos motivos: primero: al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea y consecuente indebida aplicación del artículo 17 y 18 en relación con el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, contraria a la doctrina del abuso del derecho y con infracción de los artículos 9.2, 14, y 48 de la Constitución; segundo: por dar la sentencia recurrida amparo a la figura de abuso del derecho, con cita de abundante jurisprudencia. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo admitió el recurso mediante auto de 7 de febrero de 2012.

Se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre de 2013 y resultó ponente el Magistrado Excmo Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y FALLO

Antes de entrar en la valoración de los motivos del recurso de casación, la Sala expuso su posición en la cuestión planteada por no existir hasta ese momento jurisprudencia que la tratase directamente. A este respecto se formularon dos consideraciones, una referida a si la falta de unanimidad comunal podía o no ser suplida judicialmente y la otra a los principios que, en relación con el caso, debían tenerse en cuenta en el régimen de la propiedad horizontal y que —para este Tribunal— se derivan del Código Civil, de la Constitución, así como también de leyes y convenios internacionales sobre protección de las personas con discapacidad.

Por lo que respecta a si la falta de unanimidad comunal podía o no ser suplida judicialmente, la Sala se remitió a la doctrina del Tribunal que lo admite, y trajo a colación algunas sentencias —Sentencia de 19 de diciembre 2008, 13 de marzo de 2003, 3 de mayo 1989— donde se dispuso que la falta de unanimidad comunal podía ser suplida judicialmente para evitar supuestos de abuso notorio del derecho, bien a través del llamado procedimiento de equidad, bien en un juicio declarativo ordinario⁵.

En relación con los principios sobre protección de las personas con discapacidad y a sus fuentes, se atendió en este orden al Código Civil, a la Constitución española y, finalmente, a las leyes específicas de protección.

Del Código Civil se destacó el artículo 396 dedicado a los elementos comunes de la comunidad de bienes. Sobre estos elementos comunes —«enumerados no como *numerus clausus*», previene el Tribunal, haciendo con ello lugar a la inclusión de la piscina, no aludida expresamente en el texto normativo⁶— se subrayó que recae un derecho de copropiedad que autoriza a su titular un adecuado uso y disfrute sobre los mismos⁷.

En el plano constitucional se puso de relieve el artículo 49 que manda a los poderes públicos la atención especializada y el especial amparo para el disfrute de los derechos de los que llama —con una terminología actualmente en desuso— «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos». Como es sabido, este es uno de los principios rectores de la política social y económica que integran la Constitución. La Sala advirtió que «este principio dogmático ha tenido consecuencias jurídicas, trascendentes e intensas que han ido mucho más allá de su aparente carácter pragmático»⁸. Al hilo de esta consideración, se relacionó este principio con los principios generales del derecho previstos en el artículo 1.4 del Código Civil en cuanto fuentes del derecho. Apuntó el TS que «no se sustituyen unos con otros, sino que es difícilmente imaginable la posibilidad de un principio que no sea derivación de los valores propugnados por la Constitución Española. El principio general del Derecho, al ser recogido por esta, alcanza su más alto rango y vigencia»⁹.

Por último, en materia de leyes específicas de protección de las «personas discapacitadas» —así las llama la Sala, pero veremos luego lo desafortunado que es llamarlas así— se señalaron, por un lado, dos normas internas y, por otro, otra de carácter internacional. Las normas internas —vigentes a ese momento— eran la Ley 15/1995 de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad. El Tribunal hizo notar que si bien estas leyes no se aplicaban al caso, sí lo hacían los principios que se derivados de las mismas, los que, coincidiendo con los constitucionales, sustentaban la protección del discapacitado del discapacitado. Se previno que «no

se pretende una protección a toda costa y a efectos inalcanzables; el Derecho no ampara situaciones absurdas, pero sí alcanza a la protección al efecto de usar y disfrutar elementos que le pertenecen en copropiedad (elementos comunes en la propiedad horizontal) y que están a su alcance con unas modificaciones que ni siquiera se ha alegado que fueran inalcanzables o sumamente gravosas»¹⁰.

Junto a estas normas se mencionó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 —ratificado por España el 23 de noviembre de 2007 y publicado en el BOE el 21 de abril de 2008— cuyos principios contenidos en el Preámbulo así como su artículo 9 —que en la parte pertinente se transcribe en la sentencia— guardan relación con el presente caso. Dice este artículo 9:

«Accesibilidad: 1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, al entorno físico, el transporte, la información, y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte, y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas, y lugares de trabajo;».

De todo lo anterior, la Sala dedujo que «la protección del discapacitado alcanza a múltiples aspectos de la vida cotidiana, entre los cuales se cuenta el acceso a un elemento común —como la piscina— en un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal, no siendo admisible en derecho —aun mayoritario— de (*sic.*) la denegación de autorizar una determinada instalación, que no se ha probado —ni siquiera alegado— que pueda perjudicar o dañar a otros miembros de la misma»¹¹.

Desde este marco de principios —que autoriza desde ya a intuir el contenido del fallo— este Tribunal abordó los motivos del recurso de casación.

El primer motivo señala la infracción de los artículos 17 y 18 en relación con el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, y con los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución Española y refieren, conforme la especifica la Sala, al «...abuso del derecho y la libertad, igualdad de las personas, respecto al derecho a disfrutar de una vivienda digna y el deber de facilitar la accesibilidad a los elementos —como la piscina comunitaria— de la persona con discapacidad. Los principios relacionados previamente condujeron a estimar este motivo, pero también a ello contribuyó la infracción al artículo 10.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, que exige a la comunidad realizar las actuaciones y obras —y «desde luego, incluye la autorización para llevarlas a cabo», subrayó el ponente— para que un discapacitado pueda hacer uso de los elementos comunes, entre los que se incluye la piscina.

El segundo motivo se funda en el ejercicio abusivo del derecho que representa el acuerdo de la Junta de Propietarios y que el artículo 18.1.c) de la Ley de Propiedad Horizontal contempla como impugnante ante los Tribunales. También en este motivo, los principios aludidos —particularmente los que se derivan del texto constitucional que exigen la protección del discapacitado— dieron razón a la estimación. Desde esta perspectiva se rechazaron los argumentos de la sentencia de instancia fundados en que el acuerdo se había adoptado por mayoría, en que la instalación de la solicitada silla o brazo podría perjudicar y constituir un

riesgo para los demás copropietarios y, finalmente, en que la piscina era anterior. Lo primero, porque era evidente e intrascendente ya que «de no ser así, no sería un acuerdo de la junta que podría ser objeto de impugnación»¹²; lo segundo porque no «se explica el perjuicio o riesgo más allá de una mera alusión»¹³; y lo tercero, porque lo que se «plantea no es la piscina, sino una solución para que un discapacitado pueda utilizarla en el momento actual»¹⁴.

En definitiva, habiéndose estimado ambos motivos, conforme los principios previamente expuestos, y atendiendo a la infracción de las normas de la Ley de Propiedad Horizontal mencionada en el motivo primero, y por abuso del derecho referido en el motivo segundo, se casó y anuló la sentencia de la Audiencia Provincial. En su lugar, se estimó la demanda formulada por los recurrentes y, en conformidad con la misma, se declaró la nulidad del acuerdo tomado por la junta de propietarios, así como la obligación de autorizar la instalación interesada por D. Benjamín y Dña. Zulima.

III. COMENTARIO

Tal como se anticipó al comienzo de estas reflexiones, pese a los antecedentes normativos y a las diversas actuaciones públicas y privadas acometidas en favor de las personas con discapacidad, las condiciones de igualdad entre estas y el resto de la sociedad, todavía sigue siendo, en algunos casos, una mera expresión de deseo. Así, por ejemplo, la negación de esta junta de propietarios a instalar una silla, brazo o elevador en la piscina comunitaria —incluso habiéndose comprometido los padres a asumir los gastos de instalación y mantenimiento!—, conducía a que una persona con discapacidad no pudiese acceder a este elemento común en igualdad de condiciones que el resto de los copropietarios. Bien que —reseñando lo dicho por el Tribunal Supremo— «no se pretende una protección a toda costa y a efectos inalcanzables» pero sí cuanto menos razonable, en términos generales, no se puede estar más de acuerdo con este fallo porque, qué duda cabe, ha revertido una situación a todas luces discriminatoria, dejando clara la posición del TS en materia de propiedad horizontal y protección de las personas con discapacidad. Con todo, a nuestro modo de ver, los fundamentos podían haber cuidado un poco más la terminología, así como también definir más precisamente —por lo que a su vigencia se refiere, lo veremos luego— la aplicación al caso de los artículos de la Ley de Propiedad Horizontal. A este respecto se nos ocurren las siguientes matizaciones.

1. TERMINOLOGÍA: PERSONAS DISCAPACITADAS VS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En primer lugar cabe una observar una cuestión terminológica. Llama la atención que la Sala se refiera la mayoría de las veces «a las personas discapacitadas» en lugar de «a las personas con discapacidad», volviendo con ello a sustanciar una situación adjetiva, esta es, la de la discapacidad. A este respecto debe recordarse que 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 finalidad¹⁵, siguiendo la tendencia internacional de evitar vocablos que comporten valoraciones peyorativas¹⁶, introdujo en nuestro ordenamiento la expresión «personas con discapacidad». Con el mismo aire de cambio le siguió —muy de cerca por

su proximidad cronológica— la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación, y Accesibilidad Universal de personas con discapacidad. Si bien actualmente esta Ley está derogada, su texto se ha integrado al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social —aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre— y en este se utiliza la denominación «personas con discapacidad» para definir las.

Por su parte, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia¹⁷, en su Disposición Adicional octava estableció que las referencias que en los textos normativos se efectúen a «minusválidos» y a «personas con minusvalía» debían de entenderse referidos a «personas con discapacidad». Todavía más, mandó que —a partir de su entrada en vigor¹⁸— las disposiciones normativas que se elaborasen en lo sucesivo por las diferentes Administraciones Públicas llevasen para denominarlas la locución de «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad»¹⁹. Esto condujo a la doctrina a entender que esta norma recomienda eludir las voces de «discapacitado» o «discapacitados»²⁰ y en su lugar se propugna las de «personas con discapacidad» porque ella enfatiza mejor la condición de personas, así como el carácter adjetivo de la discapacidad²¹.

Con todo ello, si bien «el problema no es solo de lenguaje sino que depende principalmente de las actitudes de otros individuos y de la sociedad en relación con la discapacidad»²², por otro lado, como apunta VIVAS TESÓN, el uso de la terminología precisa a la hora de hablar o escribir sobre discapacidad reviste una especial trascendencia, porque también a través de la palabra se construye pensamiento y cultura y se superan prejuicios y estereotipos²³. Desde esta última perspectiva, constituye un desacierto la terminología utilizada por este Alto Tribunal.

2. INFRACCIÓN A LAS NORMAS DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS DE ACCESIBILIDAD

Como se ha expuesto, la parte demandante reclamó la impugnación del acuerdo de la junta de propietarios, conforme el artículo 18.1 de la Ley de Propiedad, por ser contrario a los artículos 10 y 17 de la misma Ley, y siempre en relación con el artículo 398 del Código Civil. Es sabido que el artículo 18.1 autoriza a impugnar los acuerdos de la Junta de Propietarios ante los Tribunales —de conformidad con lo establecido en la legislación procesal general— en tres supuestos. Los actores basaron su reclamo en el primero de estos, cuyo tenor establece²⁴: «cuando sean contrarios a la ley o a los estatutos de la Comunidad de Propietarios».

En el caso, el acuerdo de la Junta de Propietarios resultaba contrario a la Ley de Propiedad Horizontal (en adelante LPH)²⁵, porque su artículo 10.2) —según redacción vigente aplicable a ese momento, pero que ha sido modificada al tiempo en que se escriben estas reflexiones, advertencia que sin embargo no realiza el TS, al momento de resolver— establecía que «...la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior; cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes»..

Por su parte, el artículo 17.1 párrafo tercero —también conforme la redacción vigente al tiempo de la resolución del caso, y que es distinta en algunos aspectos a la actualmente en vigor— matizaba que: «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de esta Ley, la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación».

El contenido de estas normas podía relacionarse de la siguiente manera: la Comunidad de Propietarios estaba «obligada» —por lo que no se requería acuerdo explícito de los copropietarios, aunque la Ley en aquel entonces no lo decía tan claramente como hoy— a la realización de las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado de los elementos comunes, cuando estas hayan sido solicitadas por las personas legitimadas —propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, lo que se cumplía en el caso de autos— y siempre que su importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. Ahora bien, el artículo 17 —donde se prevén el quórum y el régimen de la aprobación de acuerdos por la Junta de Propietarios— venía a exigir el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas, en los casos relacionados con el establecimiento de nuevos servicios destinados a la supresión de barreras arquitectónicas, cuando las circunstancias —debía entenderse así conforme la salvedad del artículo: sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10. 1 b)—, no cupiesen en el ámbito del artículo 10²⁶. Así por ejemplo, cuando tal obra fuese instada por un propietario en cuya vivienda no viva o preste servicios una persona con discapacidad o mayor de setenta años —si bien resulta ello un caso poco frecuente—, o cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes. En uno y otro caso, siempre que se adopte válidamente el acuerdo para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedaba obligada al pago de los gastos aun cuando su importe excediese de tres mensualidades ordinarias.

Como se podrá advertir, la Sala omitió tal disquisición, y se limitó a aludir someramente la aplicación de estos artículos de la LPH, más atraída por el peso de los principios reseñados. Aunque finalmente se llegó a una solución acorde con los intereses de la parte actora, en nuestra opinión era de esperar por parte de este Tribunal un mayor abundamiento en la aplicación e interpretación de la LPH, particularmente por la sucesión de modificaciones a que se ha visto sometida en los últimos años. Es cierto que en el caso no fue objeto de discusión el coste de la obra —los padres demandantes asumían el coste de instalación y mantenimiento— por el que podía entrar el debate de su obligatoriedad o el del quórum necesario para su aprobación, y es así que la Sala se abocó a analizar, principalmente, la legitimidad del acuerdo de esta Junta de Propietarios.

Debe señalarse que sobre los artículos aplicables al caso —agosto 2009, fecha del acuerdo de la Junta de Propietarios—, y en general en la LPH, se han sucedido una serie importantes de reformas las que, además de enmendar su texto original, imponen sumo cuidado a la hora de aplicar el texto en vigor a la fecha en la que acontezcan los casos. Por ejemplo, todas las referencias existentes a la accesibilidad son producto de las modificaciones introducidas por la Ley 51/2003. Es curioso que el TS diga que esta Ley no se invoca —porque no era necesario hacerlo, a nuestro modo de ver— ni se aplica, aunque sí los principios

que la inspiran, cuando justamente el contenido en vigor en aquel momento de los artículos 10.2) y 17 era producto de las modificaciones introducidas por esta norma. Todavía más, al tiempo de la resolución del caso —octubre de 2013— y desde la interposición de la demanda ya se habían producido tres modificaciones más al texto de la LPH. Dos de estas afectaron directamente a los artículos alegados por los demandantes²⁷. Así, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modificó el apartado 2 del artículo 10, y el apartado 3 del artículo 11. Al abrigo de estas reformas resultó que:

«Artículo 10.2. Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar *las actuaciones* y obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos o electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior; cuyo importe total no exceda de *doce mensualidades ordinarias* de gastos comunes.

Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación cuando la unidad familiar a la que pertenezca alguno de los propietarios, que forman parte de la comunidad, tenga ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), excepto en el caso de que las subvenciones o ayudas públicas a las que esa unidad familiar pueda tener acceso impidan que el coste anual repercutido de las obras que le afecten, privativas o en los elementos comunes, supere el treinta y tres por ciento de sus ingresos anuales».

La cursiva —que es nuestra— señala las modificaciones introducidas en el texto normativo aplicable hasta ese momento. Muy brevemente puede advertirse que, por un lado se subió hasta 12 —de 3, recuérdese— el límite hasta el cual resultaban obligatorias las actuaciones y obras de accesibilidad, ampliando con ello las posibilidades de realización²⁸, pero, por otro lado, se introdujo una «confusa» limitación de índole económica-familiar —que refleja, por otra parte, la preocupación del legislador por los efectos de la crisis en las economías familiares— susceptible de paralizar, al menos conforme el tenor literal de la norma, el acometimiento de tales obras²⁹.

La ampliación a 12 mensualidades también se trasladó al artículo 11 párrafo tercero, quedando en lo demás intacto su contenido.

Por último, debe mencionarse la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas³⁰, de la que la LPH bebe su contenido actualmente en vigor. Entre las notables modificaciones introducidas —cuya valoración y comentario excede el objeto de este trabajo³¹— deben destacarse «nuevamente» las de los artículos 10 y 17. En lo atinente al artículo 10³², y por lo que respecta al caso que se comenta, el párrafo 2 se ha refundido en la letra b) del párrafo 1, y se ha eliminado la oposición a las obras por motivos económicos-familiares, que tantas dificultades de intelección conllevó. Asimismo se hace expresa mención al ascensor, junto con las rampas y otros dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan la comunicación de las personas con discapacidad, y se introduce otra matización en el límite cuantitativo de las mismas, a saber:

«...siempre que el importe repercutido anualmente de las mismas, una vez descontadas las subvenciones o ayudas públicas, no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes. No eliminará el carácter obligatorio de estas obras el hecho de que el resto de su coste, más allá de las citadas mensualidades, sea asumido por quienes las hayan requerido».

Como puede advertirse el límite sigue siendo de doce mensualidades de gastos comunes, sin embargo se ha modificado el procedimiento de derrama, esto es, mientras que antes se hablaba de «importe total» (de la realización las obras), ahora se hace referencia al «importe repercutido anualmente», con lo que se ha venido a ampliar un poco el ámbito de aplicación del precepto³³.

Por lo que respecta al artículo 17 hay que decir que este tiene una imagen —si se nos permite decirlo así— completamente distinta³⁴. Por ejemplo, la regla de la unanimidad exigida para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal, que ocupaba el primer lugar, ha pasado al 6.º párrafo³⁵. Por lo que a las obras de accesibilidad se refiere, ellas están previstas ahora en el párrafo 2. La redacción es casi idéntica en el primer párrafo, aunque cabe subrayar la inclusión del ascensor³⁶. A lo anterior se añadió un nuevo párrafo con el siguiente tenor:

«Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos, aun cuando su importe repercutido anualmente exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes».

En este asunto cabe advertir lo siguiente: cuando el importe repercutido anualmente de las obras de accesibilidad supere las doce mensualidades de gastos comunes, su realización dejará de ser obligatoria para la comunidad (conforme art. 10 b) y será necesario el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación (conforme art. 17 párrafo 2). Existiendo este acuerdo, la comunidad queda obligada tanto a la realización de obras de accesibilidad como a su pago, de la misma manera que lo es frente a las obras que le obligan sin acuerdo previo de los copropietarios.

3. ¿FALTA DE UNANIMIDAD COMUNAL Y JUICIO DE EQUIDAD?

Se ha visto que esta Sala, antes de analizar los motivos del recurso de casación, expuso su posición en relación con dos cuestiones, a saber: si es posible suplir judicialmente la falta de unanimidad comunal y cuáles son los principios en materia de protección de las personas con discapacidad que deben tenerse en cuenta en el régimen de la propiedad horizontal. El comentario de ambas en este lugar desbordaría con creces estas líneas, no obstante sí cabe realizar al menos unas breves reflexiones en relación con la primera.

La Sala admitió que pueda ser suplida la falta de unanimidad comunal remitiéndose a la doctrina del mismo Tribunal, la cual cabe ilustrar aquí con las siguientes consideraciones:

«La regla segunda del artículo 16 (*sic*), aunque literalmente se refiere al supuesto de falta de mayoría, ha de ser objeto de interpretación adecuada a la realidad social actual, como autoriza el artículo 3 del Código Civil para evitar supuestos de abuso notorio del derecho, como sucede cuando se hace precisa la modificación o cumplimiento de normas estatutarias con la inclusión de las precisas y necesarias para lograr la más ordenada convivencia de los cotitulares y preservar la paz vecinal, la que no se logra por la oposición tenaz de un copropietario, movido por razones de capricho, otras por egoísmo y acomodo a sus intereses que contradicen los comunes y, en muchos casos, por el simple móvil de causar molestias, incordiar y hostigar a los demás. Esto lleva a considerar los supuestos de falta de unanimidad causada por la oposición sin fundamento de unos de los copropietarios y toda vez que el procedimiento de equidad no

es exclusivo ni excluyente, y no impide que la cuestión se decida en un juicio declarativo contradictorio con intervención del copropietario disidente...Entenderlo de otra manera equivaldría a autorizar que la vida de las comunidades de propietarios pudiera quedar al manejo y antojo del que se presenta contradictor y disidente, amparándose situaciones abusivas contrarias a los intereses bien expresados de la mayoría casi absoluta, lo que a su vez vendría a contradecir el principio constitucional que proclama el artículo 14 de nuestra Constitución»³⁷.

«Por último, en cuanto a la reiterada afirmación del recurso de que la comunidad no puede ser obligada a consentir, ni puede ser sustituido su consentimiento por Autoridad judicial, ello es plenamente contradicho por el artículo 1098 del Código Civil; en cuanto, evidentemente, dentro de «hacer alguna cosa», se integra, entre otras conductas, el emitir un consentimiento que la Ley impone, con la concurrencia, en caso de negativa, de «mandarlo ejecutar a su costa», que en el caso concreto se traduciría, según se pide en el suplico de la demanda y se accede a ello en el fallo de la sentencia recurrida, en el otorgamiento por el Juez de la autorización pretendida en la demanda...»³⁸.

Como podrá advertirse, en el caso que se comenta no está comprometida la unanimidad comunal, ni la materia del asunto exigía su concurso, porque la instalación de la silla, grúa o brazo en la piscina de ningún modo significaba la modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, supuesto en el que sí hubiese resultado exigible³⁹. Lo que pretende la Sala es fundar su juicio de equidad al que le remite el artículo 17 *in fine*⁴⁰ —aplicable en ese momento al caso, hoy este contenido forma parte del párrafo séptimo—:

«Cuando la mayoría no se pudiese lograr por los procedimientos establecidos en los párrafos anteriores, el juez, a instancia de parte deducida en el mes siguiente a la fecha de la segunda Junta, y oyendo en comparecencia los contradictores previamente citados, resolverá en equidad lo que proceda dentro de veinte días, contados desde la petición, haciendo pronunciamiento sobre el pago de costas».

Para fundar si cabía o no el juicio de equidad por parte de este Tribunal, no se abordaron las circunstancias expresadas en esta norma. A este respecto, primero se debieron fijar mejor los límites del caso y con ello, después, su norma aplicable. Con todo, el recurso a un supuesto que autoriza una intervención judicial más severa que la requerida en autos, viene a justificar el juicio de equidad para la falta de mayoría comunal, más al amparo de la regla de que quien puede lo más, puede lo menos, que de la citada norma del artículo 17.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de este caso resuelto por el Tribunal Supremo, finalmente, sugiere precisar que:

I. La terminología más acorde con la condición de persona, así como con el carácter adjetivo de la discapacidad, conforme las leyes de protección en esta materia, es la de personas con discapacidad, y no la de personas discapacitadas a la que, curiosamente, recurre el Tribunal Supremo en este caso.

II. Sobre los artículos de la LPH aplicables al caso (arts. 10, 17, 18) se han sucedido una serie importantes de reformas las que, además de enmendar el texto original, imponen sumo cuidado a la hora de aplicar el texto en vigor a la fecha en la que acontezcan los casos.

III. Las razones que justifican suplir la falta de unanimidad comunal autorizan también la intervención judicial cuando la Junta de Propietarios no pueda lograr la mayoría exigible conforme lo previsto en el artículo 17 LPH.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS de 10 de octubre de 2013.
- STS de 19 de diciembre de 2008.
- STS de 13 de marzo de 2003.
- STS de 3 de mayo de 1989.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2013). «Las obras en la Comunidad de Propietarios tras la reciente reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, (BIB 2013\1764), págs. 1-7.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011). «Discapacitados, comunidades y crisis económica. Últimas reformas legales en torno a las obras de accesibilidad en el régimen de propiedad horizontal», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, (BIB 2011\1742), págs. 1-8.
- (2013) «La enésima reforma fragmentaria del régimen de propiedad horizontal (esta vez por la Ley 8/2013, de 26 de junio)», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, (BIB 2013\1794), págs. 1-13.
- GARRIGA ARIÑO, F. (2003). *Los supuestos juicios de equidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, Madrid: Marcial Pons.
- LASARTE, C. (2010). *Propiedad y derechos reales de goce, Principios de Derecho civil IV*, Madrid: Marcial Pons.
- MAGRO SERVET, V. (2014). «El curioso carácter de las obras obligatorias en la propiedad horizontal del artículo 10 LPH tras la Ley 8/2013», *Revista Aranzadi Doctrinal* 1, (BIB 2014\847), págs. 1-8.
- MARTÍN AZCANO, E. M. (2011). *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*, Madrid: La Ley.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2005) «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, (687), págs. 61-118.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil, Comentado y con Jurisprudencia*, 6.^a ed., Madrid: La Ley.
- VIVAS TESÓN, I. (2009). «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *Rev. Der.* (07), págs. 55-76.

NOTAS:

¹ Un botón de muestra de estas disposiciones serán las citadas a lo largo de este comentario.

² Así se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Convención de 13 de diciembre de 2006 y su Protocolo Facultativo sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York —ratificada por España, el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008—: «Los Estados Partes en la siguiente Convención: ...o) Observando con

preocupación que pese a estos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con los demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos en todas las partes del mundo». La incorporación de ambos Tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno —cfr. artículos 96.1 de la Constitución española y 1.5 del Código Civil— conllevó la adaptación y modificación de diversas normas con el fin de hacer efectivos los derechos que la Convención recoge. En este sentido, se destaca la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que vino a dar un nuevo impulso al proceso de adaptación a las directrices marcadas por la Convención. La disposición final segunda de esta Ley manda al Gobierno elaborar y aprobar antes del 31 de diciembre de 2013 un Texto Refundido que aclarase y armonizase la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. El Real Decreto Legislativo 1/1023, de 29 de noviembre ha aprobado el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, dándose así cumplimiento a la citada encomienda del legislador. También en la Parte Expositiva de este Texto Refundido se señala la situación de desigualdad en la que se encuentran todavía este grupo de personas con discapacidad: «El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad, y la dignidad. Este es el caso en que se encuentran aún hoy mujeres y hombres con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos».

³ Tal es la importancia de esta asunción a nivel social que la citada Convención de 13 de diciembre de 2006 dedica su artículo 8 a este tema: Toma de Conciencia. En la misma línea el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad, en el marco del capítulo IX que contempla las Obligaciones de los poderes públicos, dedica el artículo 59 a la Toma de conciencia social.

⁴ Pese a que toda la sociedad debe resultar interpelada en este proceso de toma de conciencia y sensibilización respecto de las personas con discapacidad —que merecería ser objeto de un estudio sociológico, no jurídico— por lo que aquí respecta, interesa subrayar la labor formativa que particularmente realizan los jueces al aplicar el Derecho.

⁵ Sentencia de 19 de diciembre 2008, Fundamento de Derecho tercero, *in fine*. (RJ 2009\159).

⁶ La Ley de Propiedad Horizontal define los elementos comunes en su artículo 3.b) por exclusión: «la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, *de los restantes elementos, pertenencias, y servicios comunes*». La cursiva es nuestra. La ejemplificación de estos «restantes elementos, pertenencias y servicios comunes» se reserva al artículo 396 del Código Civil, al que la Ley 8/1999, de 6 de abril, ha dado una nueva redacción. La redacción originaria de la Ley era mucho menos exhaustiva.

⁷ Fundamento de Derecho Segundo. Sobre este artículo cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil, comentado y con Jurisprudencia*, 6.ª ed., Madrid: La Ley, pág. 453 y sigs.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Fundamento de Derecho Tercero.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BOE 19 de noviembre de 2003. A su vez modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo de Reforma sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y 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 26 de marzo de 2009.

¹⁶ Vid por ejemplo: (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, pág. 262.

¹⁷ BOE 15 de diciembre 2006.

¹⁸ 1 de enero 2007, conforme Disposición Final novena. Entrada en vigor.

¹⁹ En esta línea, por ejemplo, el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, ordenó la sustitución del término «minusvalía» por «discapacidad», así como el de «personas con minusvalía» por «personas con discapacidad» que estaban previstos originariamente en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración, y Calificación del grado de Discapacidad.

²⁰ Cfr. MARTÍN AZCANO, E. M. (2011). *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles.*, Madrid: La Ley, pág. 132.

²¹ Cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2005). «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal», en *RCDI*, (687), pág. 63. Puntualiza esta autora que la fórmula recomendable para evitar la sustanciación de situaciones adjetivas es la de «personas con discapacidad» o bien, en abstracto, «discapacidad».

²² *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, *op. cit.*, pág. 263, donde se señala que la discapacidad existirá independientemente de cómo se la llame y de qué etiqueta se utilice, por lo que lo que se necesita es corregir el contenido y la utilización de los términos de la clasificación.

²³ VIVAS TESÓN, I. (2009). «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», *Rev. Der.* (07), pág. 57, nota 8.

²⁴ Los otros dos son: b) Cuando resulten gravemente lesivos para los intereses de la propia comunidad en beneficio de uno o varios propietarios; c) Cuando suponga un grave perjuicio para algún propietario que no tenga obligación jurídica de soportarlo o se hayan adoptado con abuso de derecho.

²⁵ Conforme las modificaciones introducidas por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de los discapacitados. Estas modificaciones atañen precisamente a dos de los artículos aplicables al caso. Así, es obra de esta Ley la introducción del concepto de «accesibilidad» al párrafo primero del artículo 10, así como la introducción del párrafo segundo, que es de nuevo cuño, y modifica la enumeración del párrafo. También introduce el párrafo tercero del artículo 11 —relativo a la asunción de los gastos en la realización de las obras de accesibilidad— y un nuevo párrafo al apartado 1.º del artículo 17, precisamente el que se cita en el texto.

²⁶ En la misma línea: Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A., (2011). «Discapacitados, comunidades y crisis económica. Últimas reformas legales en torno a las obras de accesibilidad en el régimen de propiedad horizontal», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, (BIB 2011\1742), pág. 2

²⁷ Por no estar directamente vinculada a la materia del asunto de que se trata, cabe referir aquí la tercera de estas modificaciones, esta es: la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, Medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios, concedió trato de favor al establecimiento o supresión de equipos que tengan por finalidad mejorar la eficiencia energética del inmueble —incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o estatutos— al sustraer el supuesto de la regla de la unanimidad, y siendo suficiente para dicho establecimiento el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación (cfr. art. 17).

²⁸ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011), *op. cit.*, donde se señala que si bien al pago de dichas obras debían concurrir todos los propietarios, la limitación que el último inciso contenía al importe de la obra, reducía extraordinariamente las posibilidades efectivas de realización y quedaba circunscrita a pequeñas alteraciones en el edificio, tales como rampas en el portal, ampliación de puertas, o instalación de sencillos dispositivos mecánicos o electrónicos. Como consecuencia, la persona con discapacidad se veía obligada a intentar que la Junta de propietarios adoptara el acuerdo con la mayoría prevista en el artículo 17.

²⁹ Pese a la buena intención del legislador de tomar en consideración la delicada situación económica que atraviesan muchos hogares españoles, sin desatender la protección de las personas discapacitadas en materia de obras de accesibilidad, señalaba la doctrina que la norma no era clara en la armonización de estos intereses. Al respecto se proponían dos interpretaciones: una conforme el tenor literal de la norma conducía a entender que la comunidad de propietarios no estaría obligada a realizar tales obras cuando una de las unidades familiares de los propietarios obtenga menos de los ingresos señalados en el texto normativo. Otra interpretación —que compartimos, aunque generaba dificultades adicionales, así, por ejemplo, lograr la mayoría de este tipo de acuerdo— proponía que el propietario cuya unidad familiar esté por debajo de los ingresos establecidos en la norma no contribuya a los gastos que la obra de accesibilidad genere y que la comunidad decida mediante acuerdo la derrama correspondiente que cubra tal participación en el gasto. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011), *op. cit.*, ps. 5-8. En la práctica, sin embargo, este impedimento no fue utilizado debido al desconocimiento por los comuneros que podrían estar incluidos en estas circunstancias. Así lo advierte: MAGRO SERVET, V. (2014). «El curioso carácter de las obras obligatorias en la propiedad horizontal del artículo 10 LPH tras la Ley 8/2013», *Revista Aranzadi Doctrinal* 1, (BIB 2014\847), pág. 5.

³⁰ En términos generales el propósito de la Ley es potenciar la realización de obras en los edificios y mejorar su eficiencia energética. Como a estos fines podían suponer un obstáculo las normas hasta ahora vigentes de la LPH por exigir la unanimidad de los propietarios o mayorías cualificadas de difícil obtención, esta Ley promueve su modificación. La Exposición de Motivos de la Ley (IX) explica así las razones de la reforma a la LPH: «La disposición final primera contiene modificaciones sobre la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, con el objeto de evitar que los actuales regímenes de mayorías establecidos impidan la realización de las actuaciones previstas en la nueva Ley. No se puede hacer depender algunos de sus más importantes efectos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad competen a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir».

³¹ Un breve comentario de la incidencia de esta Ley en materia de Propiedad Horizontal: DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). «La enésima reforma fragmentaria del régimen de propiedad horizontal (esta vez por la Ley 8/2013, de 26 de junio)», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, (BIB 2013\1794), *passim*.

³² Debe hacerse notar que el artículo enfatiza la obligatoriedad de las obras subrayando —en su primer apartado— que «no requerirán acuerdo previo de la Junta de propietarios» y aumenta los supuestos en los que se considera una obra como de realización obligatoria o necesaria para los propietarios. En este marco de novedades se deja claro, a su vez, que la realización de tales obras puede ser exigida tanto por cualquiera de los propietarios como por las Administraciones públicas. Sobre estas modificaciones, entre otros, *vid*: ÁLVAREZ OLALLA, P. (2013). «Las obras en la Comunidad de Propietarios tras la reciente reforma de la Ley de Propiedad Horizontal», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, (BIB 2013\1764), pág. 2 y sigs.

³³ Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013), *op. cit.*, pág. 5; MAGRO SERVET, V. (2014), *op. cit.*, pág. 6.

³⁴ Por ejemplo, incorpora con notables modificaciones, el régimen de las obras de mejora o innovaciones no exigibles (contenido del artículo 11, ahora derogado).

³⁵ Advierte la doctrina que este cambio es una expresión gráfica del proceso de relegación del principio de unanimidad en la adopción de los acuerdos de la Junta, lo que responde al reconocido propósito del legislador de flexibilizar el régimen de adopción de acuerdos para la realización de obras en edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal. Cfr. DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013), *op. cit.*, pág. 3. Desde hace tiempo esta regla de la unanimidad es objeto de una interpretación correctora por parte de la jurisprudencia a través de la aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Cfr. LASARTE, C. (2010). *Propiedad y derechos reales de goce, Principios de Derecho civil IV*, Madrid: Marcial Pons, pág. 183.

³⁶ Con esta inclusión en esta parte de la norma, la instalación de los ascensores pasa del quórum de la regulación anterior de 3/5 previsto en el antiguo artículo 17.1 al de la doble mayoría de propietarios y cuotas de participación.

³⁷ Sentencia de 13 de marzo de 2003, Fundamento de Derecho segundo. (RJ 2003\2579).

³⁸ Sentencia de 3 de mayo de 1989, Fundamento de Derecho cuarto, *in fine*. (RJ 1989\3583)

³⁹ *ex* artículo 17. 1: «La unanimidad solo será exigible para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad».

⁴⁰ Sobre este juicio de equidad, naturaleza y procedimiento: GARRIGA ARIÑO, F. (2003). *Los supuestos juicios de equidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, Madrid: Marcial Pons, *passim*.

La renuncia al dominio en un régimen de propiedad horizontal

Property waiver in a horizontal property regime

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija*

RESUMEN: En este trabajo se va a analizar la posibilidad de renunciar a la propiedad de un piso o local en un edificio en régimen de propiedad horizontal. En concreto, nos planteamos esta posibilidad, a raíz de la RDGRN de 30 de agosto de 2013, que analiza la inscripción de la renuncia abdicativa de dominio de un local por su propietario. La dificultad de admisión de esta renuncia puede encontrarse en la especial naturaleza de la propiedad horizontal, donde coexiste un derecho de propiedad exclusivo sobre el piso o local, y un régimen de copropiedad ordinaria, con la correspondiente cuota, sobre los elementos comunes, lo que puede conducir, de alguna forma, a que la renuncia a esa especial propiedad pueda afectar a terceros (los otros copropietarios), siendo por este motivo rechazada. Se estudiarán los requisitos de la renuncia, la renuncia como causa común, propia y hasta identificativa de los derechos reales, su admisión, y se profundizará en los argumentos que ofrece la Dirección General para rechazar en este caso concreto la renuncia.

ABSTRACT: *This paper analyzes the possibility of relinquishing ownership of an apartment or premises in a building in horizontal property regime. Specifically, we consider this possibility, following the RDGRN of August 30, 2013, about the registration of the domain abdicate waiver by a local owner arises. The difficulty in admitting this waiver can be found on the special nature of the condo, which coexists exclusive property right on the apartment or premises, and a system of ordinary condo, with the appropriate fee over the common elements, which can lead, somehow, to resignation that special property to affect third parties (the other co-owners), being rejected for this reason. The requirements of the waiver will be studied as a common renunciation, self-identification and to cause real rights, and we will deep the arguments offered by the DGRN to reject in this case, the property waiver.*

PALABRAS CLAVE: Renuncia. Dominio. Propiedad horizontal. Registro Propiedad. Perjuicio de terceros

KEY WORDS: *Property Waiver. Horizontal Property. Condo. Property Registration*

SUMARIO: I. LA RENUNCIA COMO CAUSA DE EXTINCION DE LOS DERECHOS REALES. I.1. CONCEPTO DE RENUNCIA. I.2. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RENUNCIA.—II. LA RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO. PECULIARIDADES DE LA MISMA Y SU INSCRIPCIÓN.—III. LA RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO DE UN BIEN EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: LA RDGRN 30 AGOSTO 2013. III.1. EL PERJUICIO DE TERCERO COMO LÍMITE A LA

ADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA ABDICATIVA EN PROPIEDAD HORIZONTAL. III.2. LA NECESIDAD DE PRACTICAR UN NUEVO ASIENTO QUE RECOJA LA NUEVA TITULARIDAD REGISTRAL DE LA PARTE RENUNCIADA.—IV. CONCLUSIONES.—V. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. LA RENUNCIA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES

En este trabajo pretendemos analizar la posibilidad de admitir la renuncia abdicativa del dominio de un piso o local en un edificio sometido a régimen de propiedad horizontal, partiendo de los hechos que desencadenaron la RDGRN de 30 agosto de 2013. En ella se discutió la inscripción de una escritura de renuncia del titular registral de un local comercial por no ser posible practicar la inscripción simultánea de una nueva titularidad dominical, que debería ser consecuente a la vacante dominical que se produce al renunciar al dominio del local por su propietario; además de rechazarse por el perjuicio que dicha renuncia podía suponer para terceros.

Tendremos que analizar, por tanto, la especial renuncia de un bien inmueble sometido a propiedad horizontal, con las peculiaridades que ello supone, así como el aspecto registral implicado en la inscripción de esta renuncia, pues son dos las cuestiones analizadas por el Alto Centro Directivo: a) Si cabe o no la renuncia a dicho local en propiedad horizontal por ser perjudicial, o no, a terceros, y b) si es posible practicar esa inscripción, puesto que no hay una nueva titularidad dominical que inscribir cuando la anterior queda sin efecto, al renunciar el derecho a favor de nadie.

De este modo, en primer lugar, nos centraremos en examinar qué es la renuncia, qué efectos produce, cuál es su naturaleza jurídica y sus presupuestos, para, a continuación, detenernos en la concreta renuncia al dominio de un bien sometido a propiedad horizontal, donde la especial naturaleza de esta lleva a plantearse determinados interrogantes, terminando con el análisis de si es posible o no inscribirla, y en su caso cómo, comentando la decisión adoptada por la DGRN.

I.1. CONCEPTO DE RENUNCIA

La renuncia a los derechos viene consagrada en el artículo 6.2 del Código Civil: «La exclusión voluntaria de la Ley y la renuncia a los derechos solo serán válidas cuando no contraríen el interés, o el orden público ni perjudiquen a terceros», en el que a su vez se establecen sus límites. También se puede considerar recogida en el artículo 2.2 LH ya que admite que se inscriban en el Registro los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales de cualquier clase y, como veremos a continuación, no cabe duda de que la renuncia es una causa propia y típica de la extinción de los derechos reales.

La renuncia, en el más amplio de sus sentidos, equivale a la dejación, abandono o abdicación voluntaria de un derecho, facultad, situación o posición jurídica, por lo que su principal efecto es la pérdida del derecho para el renunciante¹.

Los rasgos de la renuncia son: su carácter negativo, en cuanto siempre supone una cesación de la actividad detentada, y en segundo lugar, su carácter voluntario, ya que es el titular de ese derecho, facultad o posición el que manifiesta su voluntad o consentimiento de dejar de serlo, por razones que solo a él conciernen. Por eso, si se analiza la renuncia desde la consideración de ser un medio para

conseguir un fin, sería una declaración de voluntad destinada a abandonar, a hacer cesar las facultades o derechos que se tienen sobre un determinado objeto.

En concreto, entendemos que la renuncia es una de las causas propias de extinción de los derechos reales, mediante la cual se hace dejación de los mismos, a favor de nadie. No se puede olvidar que la renuncia, propia y técnicamente, se refiere a los derechos subjetivos. Solo se encuentra realmente justificada en los derechos subjetivos, ya que «la plenitud de facultades concedidas por un derecho subjetivo culmina justamente con la facultad de renunciarlas»². Si el derecho subjetivo es, en palabras de LACRUZ BERDEJO (1984)³, una situación de poder concedido por el ordenamiento a una persona, esa situación de poder no será realmente derecho subjetivo hasta que «su manejo y ejercicio» quede a discreción de su titular. Pues bien, la capacidad de renunciar a esas facultades y poderes que constituyen el derecho subjetivo es, también, inherente al mismo, porque solo si se pueden ejercitar plenamente —y por lo tanto renunciar—, se estará ante un verdadero derecho real. De este modo, podemos afirmar que la renuncia es elemento necesario y exclusivo de un derecho real, o de un derecho subjetivo en general, que produce su extinción.

De este modo, la renuncia al derecho es la declaración de voluntad por parte del titular del derecho, con la intención de abandonarlo y, por lo tanto, de que se extinga para él, sin que pase a otra persona. En efecto, la renuncia al derecho es título extintivo del mismo, causa de su extinción, tal y como pone de relieve la propia legislación y la doctrina. El Código Civil recoge entre sus preceptos, cómo diversos derechos reales se extinguen por su renuncia: el artículo 513.4 del Código Civil recoge la extinción del usufructo por renuncia del usufructuario; el artículo 546.5 del Código Civil establece como causa de extinción de las servidumbres la renuncia del dueño del predio dominante. Asimismo, la doctrina acepta de forma casi unánime la extinción del derecho real de hipoteca por la renuncia por parte del acreedor hipotecario, de igual forma admite la de la prenda, y en general de la mayoría de derechos reales, ya que, entre sus causas de extinción, se encuentra, como una de las más típicas, la renuncia. Por lo tanto, la función extintiva de derechos que tiene la renuncia es comúnmente aceptada por la doctrina, y así lo manifiestan, por ejemplo, DIEZ PICAZO (1995)⁴, CHICO Y ORTIZ (1989)⁵, ROCA SASTRE (1995)⁶, GONZÁLEZ MARTÍNEZ⁷, CAMY SANCHEZ-CAÑETE⁸.

I.2. NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA RENUNCIA

La doctrina ha discutido sobre cuál es la naturaleza de la renuncia. La mayoría⁹ se inclina por decir que la renuncia es un negocio jurídico, mientras que otros¹⁰ niegan ese carácter, atribuyéndole naturaleza de acto jurídico. Me inclino por pensar que la naturaleza de la renuncia es un negocio jurídico, ya que si este se caracteriza por ser la declaración de voluntad que produce el nacimiento, extinción, modificación de un derecho real o de una relación jurídica, parece que la renuncia encaja perfectamente en esta definición. Sin embargo, Jerónimo GONZÁLEZ¹¹ defiende la naturaleza de acto jurídico de la renuncia, porque «en ocasiones es un mero resultado presupuesto por la Ley», sin embargo, nos inclinamos por su carácter voluntario, puesto que nadie puede ser obligado ni a adquirir, ni a renunciar derechos.

Se trata, por lo tanto, de un negocio jurídico, que, además, es unilateral, ya que no existe acuerdo de dos voluntades, sino que es solamente la voluntad del titular la que produce el resultado perseguido, la extinción del derecho. Por

lo tanto, tampoco necesita de aceptación por nadie, lo que le otorgaría cierto carácter contractual, del que carece por completo¹². La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1953, refiriéndose a la renuncia en general, afirma que «es un acto unilateral del renunciante pues depende de su sola voluntad». De este modo, si la renuncia es el abandono de un derecho, facultad, posición etcétera, por la sola voluntad de su titular, que decide la salida de los mismos de su esfera jurídica, sin transmitirlo a nadie, y sin intención de que ese abandono afecte a nadie, está claro que no es necesario que intervenga la voluntad de ninguna otra persona. La aceptación o el acuerdo con otro desvirtuarían el verdadero carácter de la renuncia.

Hay que señalar que, además de ser un negocio unilateral, la renuncia no tiene carácter recepticio, pues no tiene destinatario alguno, al ser una simple dejación del derecho en favor de nadie¹³. Ni aunque el derecho que se renuncia esté inscrito y se presente la escritura en el Registro, podemos entender que sea el Registrador su destinatario, pues es solo destinatario de la solicitud de inscripción.

En principio, no se exige una forma determinada para llevar a cabo la renuncia. POU DE AVILÉS¹⁴ y TRAVIESAS¹⁵ aseguran que la forma de la renuncia —en general— es libre, y que solo en los casos que previamente determine la Ley, deberán adoptar una forma determinada. Pero, al centrar nuestro análisis en la renuncia de un derecho de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad, entendemos, al igual que muchos otros autores¹⁶, que debe confirmarse la necesidad de un instrumento público para llevar a cabo dicha renuncia, en consonancia con el artículo 3 LH, que exige que los títulos que se pretendan inscribir consten en documento público o auténtico.

El sujeto que debe hacer la renuncia es el titular registral, o su representante legal. El renunciante debe tener capacidad para disponer, y facultad de disposición sobre ese asiento, porque la renuncia es un negocio de carácter dispositivo, ya que, como dice ROCA SASTRE¹⁷, «extingue una expectativa de índole real». En la capacidad necesaria para renunciar es coincidente la mayoría de la doctrina¹⁸.

Por último, hay que subrayar que la renuncia puede ser expresa o tácita¹⁹, pero siempre personal, clara, precisa e inequívoca. No debe quedar duda de la voluntad e intención del titular del derecho real de abandonar su derecho²⁰.

Existen muy diversos tipos o clases de renuncia²¹, pero nos vamos a centrar en el análisis concreto de la renuncia abdicativa o extintiva de un derecho de dominio en un edificio en régimen de propiedad horizontal, inscrito en el Registro de la Propiedad.

II. LA RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO. PECULIARIDADES DE LA MISMA Y SU INSCRIPCIÓN

Analizada la renuncia como causa de extinción de los derechos reales, debemos plantearnos si es posible renunciar al dominio, y, en concreto, al dominio de un elemento privativo en un edificio en propiedad horizontal.

La renuncia al dominio o a la propiedad es perfectamente posible y admitida como causa de extinción y pérdida de ese derecho, al igual que ocurre con los otros derechos reales.

Sin embargo, la renuncia dominical difiere en cuanto a sus efectos de la renuncia de un derecho real limitado. La renuncia al derecho real limitado produce la dejación de las facultades en que consiste, y no se puede olvidar que, al quedar estas facultades *nullius*, por la *vis* atractiva del dominio, su carácter

general y elástico, este absorbe o reabsorbe esas facultades que previamente se desgajaron del mismo —para constituir un derecho real limitado—, volviendo a ser un dominio pleno, con todas sus facultades reunidas.

Es decir, el derecho real deviene *nullius* solo instantáneamente, porque las facultades que lo componen vuelven automáticamente a la nuda propiedad o dominio, al cual configuran en su plenitud. No hay problema alguno, entonces, en cuanto a la titularidad de dichas facultades. Vuelven al propietario, y así habrá que hacerlo constar. No nos encontramos con una situación de no titularidad del derecho real.

Sin embargo, la singularidad de la renuncia abdicativa dominical reside en que la cosa objeto de la propiedad renunciada deviene *nullius*, es decir, no pertenece a nadie, pues la renuncia no supone la atribución del derecho a otro, salvo que la Ley disponga otra cosa, en cuyo caso, la renuncia sí que puede producir ciertos efectos transmisivos. Esto es lo que ocurre, precisamente, cuando el bien objeto de propiedad es un bien inmueble.

De esta forma, si la propiedad renunciada (acompañada normalmente de abandono fáctico, desposesión) recae sobre un bien mueble, este deviene *nullius*, y los efectos abdicativos extintivos de la renuncia son claros, puesto que la cosa ya no es de nadie, y puede permanecer *nullius*, sin propietario, hasta que alguien adquiera de nuevo y de forma originaria la propiedad de la misma por ocupación de una cosa abandonada (art. 609 y 610 CC).

Sin embargo, la renuncia a la propiedad de un bien inmueble (posible y válida), y también normalmente acompañada de su abandono o desposesión fáctica, hace que el inmueble en cuestión sea un bien vacante, sin titular, pero solo transitoriamente, puesto que *ex lege* la Ley atribuye la propiedad de los inmuebles vacantes a la Administración del Estado (art. 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas —LPA—)²². Hay que señalar, como bien hace AVILÉS GARCÍA (2014)²³, que «la *vacantia* se refiere exclusivamente al título, sin alusión alguna al hecho de si además están desocupados o vacíos de posesión», pues aun en el caso de que hubiera un poseedor en concepto de dueño sobre los mismos, la Administración puede iniciar la correspondiente acción civil para su adquisición dominical y recuperación posesoria.

De esta forma, vemos que la renuncia al dominio de un bien inmueble, de forma indirecta, produce la atribución del derecho a las administraciones públicas, a diferencia de la renuncia del dominio de un bien mueble, con abandono posesorio, que permanece *nullius* hasta que sea ocupado por alguien.

Por otra parte, la renuncia al dominio, además de admitida y lícita con esos peculiares efectos, puede inscribirse en el Registro de la Propiedad, tal y como ha admitido el propio Centro Directivo en RRDGRN de 10 de enero de 2003 y 18 de febrero de 2003. Ambas resoluciones resuelven en idéntico sentido, tras solicitarse la inscripción de una escritura abdicativa de dominio de un inmueble en el Registro. El Registrador rechazó esta inscripción por no estar contemplada la renuncia del dominio, ni los títulos extintivos de dominio, en el artículo 2.1 LH, a diferencia de lo establecido en el artículo 2.2 LH donde expresamente se permite la inscripción de títulos extintivos de un derecho real limitado, donde se incluye la renuncia. Sin embargo, la DGRN resuelve de forma positiva, admitiendo la posibilidad de inscribir dicha renuncia abdicativa de dominio con base en el propio artículo 7 RH, que permite la inscripción de cualesquiera otros títulos que produzcan una modificación jurídico real. En concreto, la doctrina que establecen estas resoluciones es la siguiente:

«Dada la concreción que al recurso gubernativo impone el artículo 117 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642), vigente al recaer la calificación impugnada, en el ahora entablado, no ha de discutirse sobre si la renuncia del dominio produce por sí sola la pérdida de dicho derecho para el renunciante (cfr. artículo 6 de la Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886]), y si, en caso afirmativo, el dominio renunciado es adquirido automáticamente por el Estado (cfr. art. 191 y 21 de la Ley de Patrimonio del Estado [RCL 1964, 896, 1024]). Únicamente habría de examinarse si la no inclusión de la renuncia del dominio, en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, es razón suficiente para negar su acceso al Registro. Y en este sentido la respuesta no puede ser sino negativa, toda vez que claramente establece el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y confirma el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, que el Registro de la Propiedad tiene por objeto todos los actos o contratos relativos al dominio de los inmuebles, y sin que exista argumento alguno para sostener el carácter taxativo de la enumeración de títulos inscribibles que contiene en el artículo 2.1 de la Ley Hipotecaria, restringiéndose así el ámbito de la materia inscribible previamente definido; antes al contrario, la propia Ley Hipotecaria, a lo largo de su articulado recoge títulos inscribibles no incluidos en aquella enumeración (cfr. arts. 26 y 107.6 de la Ley Hipotecaria), y así ocurre precisamente, con la extinción misma de dominio (cfr. arts. 20.1 y 79 de la Ley Hipotecaria)».

Compartiendo la doctrina del Centro Directivo en este punto, pues somos favorables a la interpretación no taxativa de los actos o títulos inscribibles, como argumento *ad maiorem* para su posible inscripción y admisión, se podría argumentar, de forma un tanto alambicada, —lo reconozco—, que la renuncia al dominio de un bien inmueble, además, no produce realmente la extinción absoluta del mismo, pues como hemos visto, la Ley prevé que ese dominio se traslade a la Administración del Estado, siendo, entonces una transmisión o atribución dominical, o una simple extinción relativa, «renuncia traslativa» (similar a lo que ocurre en una disposición dominical —vgr. compra venta—), pero no una extinción del dominio pura. De este modo, se pone de manifiesto otra de las diferencias entre la renuncia de un derecho real limitado a la renuncia dominical, y dentro de esta, entre la renuncia dominical de un bien mueble e inmueble.

Pero sigamos avanzando en nuestro análisis, hemos visto cómo es posible la renuncia dominical, la renuncia dominical de un inmueble, ¿Es también posible la renuncia dominical de un inmueble en propiedad especial como la horizontal?

La propiedad horizontal es una propiedad especial de naturaleza mixta o compleja en la que confluye un derecho de propiedad exclusiva sobre un bien (elemento privativo: piso o local), y un derecho de copropiedad ordinaria sobre los elementos comunes. Dos son los tipos de propiedad que componen este especial dominio: la ordinaria y un derecho de copropiedad romana sobre determinados elementos comunes.

Analicemos estos dos tipos de propiedades que confluyen y configuran la horizontal. La renuncia al dominio ordinario de un bien inmueble ya hemos visto que es posible, ¿puede renunciarse también al dominio en copropiedad?

La copropiedad o comunidad de bienes romana se caracteriza, como todos sabemos, por la coexistencia de varios titulares sobre un mismo bien o derecho (arts. 392 y sigs. CC) lo que conduce a que cada uno de los partícipes o comuneros tiene una cuota o expresión numérica ideal de su participación en el derecho de propiedad común. Pues bien, la renuncia en la copropiedad puede ser la renuncia a la totalidad del dominio de la cosa común, en cuyo caso, como acto de disposición que es, requeriría el consentimiento unánime de todos los comuneros, o puede existir también la renuncia a su cuota por parte de uno de los comuneros.

En el primer caso, se trataría de una causa de extinción de la comunidad de bienes, que extinguiría esta especial propiedad, y la cosa sobre la que recayera el condominio quedaría sin dueño.

En el segundo, se trataría de la renuncia a la propia cuota, perfectamente posible, en virtud del artículo 395 del Código Civil que faculta al comunero a renunciar a «la parte que le pertenece en el dominio», para salir de la comunidad y librarse de la obligación de pagar los gastos, y el 399 del Código Civil que otorga al copropietario «plena propiedad sobre su parte... pudiendo enajenarla, cederla o hipotecarla», de donde podemos deducir también la posibilidad de renunciarla. De este modo, es posible renunciar a la parte que le pertenezca en el dominio, lo que produce la salida de la indivisión para el renunciante, y la extinción relativa —para él— de esa parte del dominio que no queda *nullius*, si no que acrece al resto de los comuneros en proporción a su cuota. Esto ha sido la postura mayoritariamente admitida, ya que como afirma ECHEVERRÍA SUMMERS (2001)²⁴, «la solución parece la más razonable, ya que aunque no lo sancione expresamente el Código en este precepto —395 del Código Civil— sí lo hace en otros supuestos estrechamente relacionados, como el artículo 544 en materia de servidumbre o el 575 en materia de medianería (RDGRN 2 febrero 1960). Es además un resultado equitativo, puesto que con el acrecimiento se compensa al resto de comuneros la carga que representa tener que soportar la obligación del renunciante. Otro problema es el relativo al alcance de la renuncia que parece limitarse a los gastos que se deriven con posterioridad a la misma, no a los anteriores, de los que deberá responder el renunciante, aun a pesar de su renuncia».

En el mismo sentido, MATEO Y VILLA (2014)²⁵, aunque refiriéndose a la renuncia abdicativa de derechos reales limitados en comunidad de bienes, afirma que dicha renuncia es posible y que puede hacerse con la finalidad de liberarse de los gastos que la titularidad real limitada le produce, que es el supuesto que recogen los artículos 544 y 575 del Código Civil, cuyo efecto es, asimismo, el acrecimiento del derecho renunciado a favor de los restantes renunciantes.

Es decir, la renuncia a la cuota supone el acrecimiento a favor del resto de los comuneros, sin que estrictamente estemos ante una renuncia con plenos efectos extintivos (solo relativos), y que tiene también como efecto que el resto de comuneros asuma los gastos que corresponden al renunciante, pero solo los generados a partir de la renuncia.

Cabe renunciar al dominio exclusivo, cabe renunciar a la participación en el dominio en comunidad de bienes, sus consecuencias están claras en ambos supuestos, corresponde ahora que nos planteemos si es posible y qué consecuencias tiene la renuncia al dominio de un elemento privativo en propiedad horizontal. Si como ya hemos dicho, esta propiedad está compuesta de un dominio exclusivo y un derecho de copropiedad, ¿podemos aplicar directamente las soluciones que se acaban de explicar, directamente, como una suma de propiedades y de renunciaciones? ¿O esa especial naturaleza de la propiedad horizontal excede la suma de sus partes?

III. LA RENUNCIA ABDICATIVA DE DOMINIO DE UN BIEN EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: LA RDGRN 30 AGOSTO 2013

Precisamente este especial supuesto de renuncia es el que se examinó en la RDGRN de 30 agosto de 2013, donde se planteaba la posibilidad de inscripción de una escritura abdicativa de dominio de un local en propiedad horizontal. ¿Es

posible renunciar a este tipo especial de propiedad? ¿Qué consecuencias tiene la misma? ¿Puede inscribirse esta renuncia y cómo?

Estas interrogantes son las que se han planteado en esta resolución y a las que el Centro Directivo ha tratado de dar solución.

Presentada la escritura de renuncia abdicativa de un local situado en un edificio en propiedad horizontal, por parte de su propietario y titular registral, con la finalidad de dejar de hacer frente a los gastos comunes elevados derivados de la misma, el Registrador rechaza tal inscripción, basando su calificación fundamentalmente en dos motivos:

a) El primero versa sobre la eficacia de la renuncia en sí, ya que, en su opinión en este caso perjudica a terceros, siendo este uno de los límites a la admisión de la renuncia. Es decir, se plantea si es posible en este caso de Propiedad Horizontal la renuncia dominical a uno de los elementos privativos y a su cuota, pues considera que la misma puede perjudicar a los otros copropietarios.

b) El segundo sobre el hecho de que en el Registro de la Propiedad español no parece posible inscribir la simple renuncia si no es inscribiendo simultáneamente una nueva titularidad, pues sería contrario a la esencia de los principios registrales que una finca inmatriculada quedara sin titularidad. Es decir, se trata de un defecto ya de carácter registral: si admitida esa renuncia, cómo se puede hacer constar la misma en el Registro, pues se plantea el problema de quién es ahora el titular.

III.1. EL PERJUICIO DE TERCERO COMO LÍMITE A LA ADMISIBILIDAD DE LA RENUNCIA ABDICATIVA EN PROPIEDAD HORIZONTAL

El rechazo del Registrador para admitir esta renuncia se basa fundamentalmente en que la renuncia tiene como límites el interés, el orden público, y el perjuicio de terceros (art. 6 CC).

No discute el Registrador la posibilidad de renunciar al dominio, que es posible, como ya se ha explicado en estas líneas, sino, que esa posibilidad cede ante la existencia de terceros, que se vean perjudicados por la misma. El Registrador entiende que «Resulta que si se accediera a la inscripción de la renuncia, el renunciante quedaría liberado desde ese mismo momento de la carga real de pagar gastos de comunidad, mientras que la Administración no tendría la obligación de asumirlos hasta que dictara resolución expresa de incorporación a su patrimonio del bien renunciado. Lo cual implicaría un perjuicio claro para la comunidad de propietarios, el cual perjuicio, por sí solo, impide también la inscripción de la mera renuncia conforme al artículo 6 del Código Civil».

La Dirección General confirma este defecto, entendiendo, también, que no se discute sobre la posibilidad de renuncia al dominio en propiedad horizontal, pero que por las especiales características de esta, la renuncia abdicativa de un copropietario, supondría un perjuicio para el resto de comuneros que deberían asumir los gastos y costas correspondientes a la porción renunciada. En concreto, argumenta de la siguiente forma: «La renuncia cuya inscripción se pide recae sobre un derecho complejo (propiedad separada y elementos comunes) que está incardinado en una relación comunitaria más amplia (en la que están implicados otros propietarios en cuanto los derechos de todos vierten sobre un mismo objeto, el edificio constituido en propiedad horizontal, por lo demás indivisible); relación que hace interdependiente en muchos aspectos, como en el caso de

responsabilidad por los gastos generales, la suerte de todos de modo que la baja de uno (sin incorporación de otro, que se haga cargo de su cuota, temporal o indefinidamente) no puede dejar de afectar personalmente a los demás.

Pase, por tanto, la finca a propiedad del Estado (entretanto no asuma este el pago de las cuotas: cfr. artículo 47 d, de la Ley 33/3003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas), lo que como veremos no se comparte, o «acrezca» a los restantes propietarios es lo cierto que la renuncia de un propietario afecta directamente a los otros, con independencia de que sea indefinido o temporal el incremento de la razón o proporción que a cada uno corresponde en la base de reparto (art. 3.4 de la Ley de Propiedad Horizontal) no solo de los gastos generales sino también de la aportación al fondo de reserva (arts. 9 y adicional de la Ley de Propiedad Horizontal). Las deudas de la comunidad, porque carece de personalidad jurídica, en efecto, son deudas de los propietarios (22.1, y 2 de la Ley de Propiedad Horizontal)».

Y, termina el Centro Directivo, aunque afirme que los otros comuneros son mas bien unos terceros jurídicamente interesados y no extraños, diciendo que no puede obligárseles a asumir la modificación de cuotas y de estructura que esa renuncia provoca, al menos sin su consentimiento. Es decir, no se cuestiona tanto la validez de la renuncia si no la posibilidad de su inscripción, sin el consentimiento del resto de afectados. Entiende, además, la Dirección General que los otros propietarios están vinculados al renunciante ya que cada «propiedad separada lleva inherente como anejo inseparable un derecho de participación en una copropiedad especial sobre los elementos comunes»; todos son titulares de derechos y obligaciones de una única cosa, el edificio, que tiene una independencia y constituye un «objeto unitario de derecho», que pertenece a todos. Por lo tanto, concluye que los titulares de propiedades separadas (los elementos privativos), son también cotitulares de una misma cosa. Y termina afirmando que esto explica y provoca que se produzca «una unificación accesoria de derechos y obligaciones y una organización que la aproxima a los patrimonios separados, y sin serlo a las personas jurídicas».

De este modo, el Centro Directivo considera posible aplicar de forma análoga las reglas previstas para la sociedad civil en relación al régimen previsto para la baja del socio por voluntad propia, que recogen los artículos 1705 y 1706 del Código Civil. Es decir, la «baja» (renuncia) deberá ser comunicada al resto de «socios» (propietarios), y estos podrán impugnar judicialmente dicha baja cuando concorra mala fe, existiendo tal cuando el socio trate de apropiarse el provecho, o trate de desplazar el gasto que debería ser común. Es este último caso el que debería aplicarse a los hechos contemplados y, por lo tanto, entiende la Dirección General, el resto de los propietarios deberían haber sido comunicados de la renuncia, ya que podrían en su caso haberla impugnado por existir mala fe, al tratar de liberarse de la obligación del pago de los gastos comunes, pues estos se trasladan a ellos de forma directa.

No compartimos la decisión y la argumentación del Centro Directivo en esta resolución, y ello por los siguientes motivos:

1. Si, realmente, como afirma la DGRN, los cotitulares no son terceros, si no «terceros interesados», o partes en una titularidad conjunta sobre un objeto unitario de derecho, como es el edificio de propiedad horizontal, de naturaleza compleja y mixta y no de yuxtaposición de dos derechos, no podemos entender en ningún caso, que, aunque debieran asumir las obligaciones de pago de los gastos de la parte renunciada, existiera «perjuicio de tercero». Perjuicio, tal vez, pero no de tercero, por lo que no se puede sostener la existencia de ese límite.

2. Para sostener esa argumentación, y como ve que realmente no hay terceros, la Dirección General hace una comparación analógica con la sociedad civil, para poder aplicar los preceptos que la regulan, y dotar a los cotitulares de la posibilidad de impugnar dicha renuncia para que no les afecte. Entiendo, al igual que AGÜERO ORTIZ (2014)²⁶, que esa aplicación analógica no cabe, y ello porque las diferencias entre una comunidad de bienes (la que existiría sobre los elementos comunes que generan la obligación de contribuir a los gastos), y la sociedad civil son importantes. De este modo, ambas instituciones se diferencian por lo siguiente:

- a) Por el destino: la sociedad se dedica a obtener ganancias, destino o finalidad fijada por la voluntad de las partes. Si no existe esta intención, este ánimo de obtener ganancias, no podemos hablar de sociedad. En un edificio en propiedad horizontal, en principio, no hay ningún ánimo de lucro, o de obtención de beneficios, ya que este edificio en propiedad horizontal se destina normalmente a vivienda, y solo de forma subsidiaria o accesoría, podría pensarse obtener algún beneficio con el mismo. El ánimo de lucro necesario en toda sociedad civil, no existe en este caso.
- b) Por la obligación de los socios de cooperar a la obtención de las ganancias, frente a la posible inercia del comunero y su falta de deber de gestión y cooperación. Lo importante en la sociedad no es tener, sino hacer algo en común. Sin embargo, en este edificio en Propiedad Horizontal, los comuneros son simples propietarios, no se han unido en la búsqueda de una ganancia, y no se implican en la gestión del edificio más allá de sus obligaciones legales. Los copropietarios son propietarios, no promueven, ni gestionan, o cooperan en la obtención de ganancias o finalidades concretas.

De este modo, con estas claras diferencias, veo muy complicado, y hasta un poco rebuscado, la aplicación de las normas reguladoras del abandono de socio en una sociedad civil, a la renuncia abdicativa de dominio en propiedad horizontal.

Concluyo, en consecuencia, que no habiendo terceros, no hay perjuicio, y por tanto, en principio, puede sostenerse la posibilidad de renuncia del titular dominical de su local.

III.2. LA NECESIDAD DE PRACTICAR UN NUEVO ASIENTO QUE RECOJA LA NUEVA TITULARIDAD REGISTRAL DE LA PARTE RENUNCIADA

Ya hemos dicho como el Registrador, denegó la inscripción de la escritura de renuncia abdicativa de dominio, porque entiende que es necesario simultáneamente a la inscripción de la renuncia, inscribir la nueva titularidad de la parte renunciada. Y eso no es posible porque, aunque considera el Registrador que dicha titularidad corresponde a la Administración del Estado en virtud del artículo 17 LPA, esa adquisición no es automática, si no que como bien dice el artículo, es preciso que la incorporación de los bienes inmuebles vacantes al patrimonio de la Administración se produzca por el procedimiento establecido en el art. 47 d) de la misma Ley, puesto que ese bien vacante comporta una serie de obligaciones que debe primero asumir la Administración.

Es decir, es necesario que se produzca la resolución expresa de la Administración General del Estado (AGE), asumiendo la titularidad de los bienes

vacantes y de las obligaciones derivadas de los mismos (la obligación de pago de gastos comunes).

Como la AGE ha sido notificada, pero no existe todavía resolución expresa de la misma asumiendo la titularidad y las obligaciones derivadas de ese bien inmueble, no hay titular actual e inmediato en cuyo favor practicar la inscripción, y, en consecuencia, deniega la misma.

El Centro Directivo revoca la calificación del Registrador, pues entiende que la titularidad del local renunciado no queda vacante, si no que acrece al resto de los copropietarios, al igual que ocurre en la comunidad de bienes ordinaria, y como ya vimos, y por lo tanto, entiende que habría que practicar la nueva inscripción de titularidad dominical, a favor del resto de los condóminos, y no de la AGE.

Veamos los argumentos esgrimidos por la Dirección General:

«En lo que se refiere al segundo obstáculo observado por el registrador (la imposibilidad de practicar el asiento solicitado, ya que no es posible registrarmente inscribir la simple renuncia si no es inscribiendo simultáneamente una nueva titularidad, pues sería contrario a la esencia de los principios registrales que una finca inmatriculada quedara sin titularidad) resulta de todo lo dicho con anterioridad que el defecto no puede compartirse.

Si como ya dijo la RDGRN de 19 de abril de 2007 el «régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo (...), (y) no se trata de dos propiedades yuxtapuestas sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja». Si, según la doctrina de la RDGRN de 23 de julio de 1966, la cuota de participación en los elementos comunes equivale a la participación en el edificio en su totalidad de modo que, si se extinguiese el régimen de propiedad horizontal, esa cuota de participación en relación con el total valor del inmueble se traduciría en una cuota de liquidación en consonancia con la de la participación fijada (RDGRN de 5 de mayo de 1970). Si, en fin, «los derechos de cada copropietario han de proyectarse sobre todo el edificio en su conjunto, de manera que en igual modo que en cualquier clase de copropiedad, el derecho de cada comunero tiene por objeto la cosa común» de modo que «lo único que acontece es que la concurrencia de varias titularidades dominicales sobre un mismo objeto impone a cada una limitaciones especiales, diversas de las que ha de soportar la propiedad en general». Deviene forzoso, como se ha dicho, que, en caso de renuncia de uno de los dueños, el dominio del piso «pase a los demás dueños» y les «acrezca» ya que, «en cuanto titulares del dominio del edificio en su conjunto, sufren en él la comprensión del dominio de cada piso o local, dominio que opera sobre el edificio en su conjunto como un derecho real limitativo». Lo que impone, como lógica consecuencia, por tanto que, cualquiera que sea el mecanismo por el que se produzca, el elemento renunciado pase, por razón de la renuncia del condueño o partícipe, a todos los demás en proporción a sus cuotas en el edificio en comunidad que, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley de Propiedad Horizontal, expresan «activa y pasivamente (...) el valor proporcional del piso y cuanto a él se considera unido en el conjunto del inmueble».

Es por ello que, producida la renuncia y calificada positivamente su legalidad, debería procederse a inscribir el elemento independiente sobre la que recayó, en la forma prevenida en el artículo 4.2, pr. de la Ley de Propiedad Horizontal, es decir, a nombre de todos los propietarios del inmueble en proindiviso ordinario».

Considera la Dirección General que sí se puede practicar la inscripción de la nueva y simultánea titularidad, pero que esta es la resultante del acrecimiento

de la cuota renunciada al resto de los copropietarios y en proporción a su cuota como si de una comunidad de bienes ordinaria se tratara.

Pero, asimismo, y continua el Centro Directivo, esa nueva titularidad conjunta, resultante del acrecimiento, no puede practicarse directamente y sin más, si no que es necesario el previo consentimiento de todos los cotitulares a la misma, sin que pueda ser automática la inscripción de la renuncia. Vuelve a aplicar de forma analógica los preceptos relativos a la baja voluntaria del socio civil, y de la inscripción de dicha baja en el Registro Mercantil, que exige el consentimiento de los demás socios.

Tampoco compartimos la tesis sostenida por la Dirección General y nos acercamos más a la tesis defendida por el Registrador, en el sentido de que consideramos que el nuevo titular del local renunciado debe ser la Administración. Como ya dijimos al inicio de este escrito, cuando se renuncia al dominio de un bien inmueble, a diferencia de la renuncia a la propiedad de un bien mueble, el inmueble queda vacante, y debe pasar a ser propiedad de la Administración del Estado, porque así lo dice la Ley. Se trata de un efecto especial de la renuncia dominical de inmuebles, que lejos de devenir la cosa *nullius*, se atribuye a la Administración General del Estado. Y eso con independencia de que el inmueble esté sometido a un régimen de propiedad horizontal, comunidad de bienes, o propiedad ordinaria y exclusiva.

No creo posible aplicar en este supuesto de propiedad horizontal la misma solución que a la renuncia abdicativa de cuota en comunidad de bienes (art. 395 CC), y ello porque en la propiedad horizontal, al renunciar, y por su especial naturaleza compleja que tanto hemos señalado, no se renuncia solo a la cuota en los elementos comunes (que podría acrecer al resto de copropietarios), sino que se está renunciando también al dominio pleno y exclusivo sobre el local (elemento privativo), y sobre este elemento privativo el resto de copropietarios no tienen ningún derecho ni individual ni compartido, como demuestra el hecho, por ejemplo, y a diferencia de la comunidad de bienes ordinaria, de que si el titular del elemento privativo en propiedad horizontal decide venderlo, no existe ningún derecho de tanteo o retracto a favor de los otros copropietarios. Asimismo, la posibilidad de enajenación o gravamen del elemento privativo no necesita consentimiento alguno de los otros copropietarios porque sobre el mismo existe una propiedad exclusiva, a la que se aplican sus normas. Luego, difícilmente podríamos aplicar a la renuncia (acto dispositivo), del local, las normas de la comunidad de bienes, que rigen de forma subsidiaria en los elementos comunes, accesorios a la titularidad principal que es el privativo.

Además, como dice AGÜERO ORTIZ (2014), «en el régimen de la propiedad horizontal los propietarios no están en comunidad sobre sus elementos privativos, y respecto de los comunes, el carácter necesario *propter rem* de la titularidad de los mismos hace imposible el supuesto mismo de que se puede producir un abandono liberatorio de una cuota sobre la piscina, por ejemplo, sin que se abandonara la propiedad principal, de la cual la cuota es un accesorio».

Entendemos, por tanto, que la solución aportada por la Dirección General no es del todo acertada, máxime, cuando existiendo un régimen legal especial para la atribución de los inmuebles vacantes (consecuencia entre otras causas por renuncia del dominio de un bien inmueble) a favor de la Administración del Estado, no la aplique²⁷.

Quedaría pendiente la cuestión de cómo resolver esa situación transitoria desde que se renuncia al dominio hasta que existe resolución expresa de la AGE en el sentido de atribuirse y aceptar su titularidad. Entendemos, como

afirma GUTIÉRREZ JEREZ (2014)²⁸, que, registralmente, seguiría siendo el titular el renunciante de forma preventiva o transitoria, y se practicaría la inscripción de la renuncia con la resolución previa de la Administración, para salvaguardar el tracto sucesivo, y poder practicarse a continuación la inscripción a su favor.

IV. CONCLUSIONES

I. La renuncia es una declaración de voluntad negocial, dispositiva, unilateral y no recepticia destinada a hacer dejación de una facultad, o derecho subjetivo a favor de nadie.

II. Los efectos de la renuncia abdicativa son que el derecho o facultad queda sin dueño, y en consecuencia se extingue para el titular anterior. Tiene efectos extintivos de derechos.

III. Es posible tanto la renuncia de derechos reales limitados como del dominio, pero sus consecuencias son distintas: cuando se renuncia a un derecho real limitado, este queda sin titular y se extingue para él, pero se reabsorbe o incorpora al derecho de propiedad pleno, del que se desgajó anteriormente. Mientras que la renuncia abdicativa del dominio, hace que el dominio quede sin dueño.

IV. La renuncia al dominio también tiene consecuencias distintas según se renuncie el dominio de un bien mueble, que quedará *nullius*, hasta que se ocupe por otro sujeto, o de un bien inmueble, que quedara vacante (sin titular), atribuyéndolo la Ley (art. 17 LPA) a la Administración General del Estado. Luego, en la primera renuncia puede ser definitivamente abdicativa, mientras que la de inmuebles es mas bien traslativa.

V. Dentro de la renuncia al dominio de bien inmueble, cabe la renuncia al dominio ordinario, exclusivo y excluyente, la renuncia al dominio en copropiedad, en la que la renuncia a la cuota acrece al resto de comuneros, y nos planteamos si cabe, también, la renuncia al dominio en propiedad horizontal.

V. Entendemos que sí cabe tal renuncia, y que por la especial naturaleza de la Propiedad Horizontal, de carácter mixto o complejo, integrada por un derecho de propiedad ordinario, y un derecho de copropiedad en los elementos comunes, tiene sus propias características, sin que le sean de aplicación las mismas normas y los mismos efectos que la renuncia del dominio ordinario o en comunidad de bienes.

VI. Así, creemos que es posible la renuncia al dominio de un local (elemento privativo) en un edificio en propiedad horizontal, con el fin de liberarse del pago de sus obligaciones, sin que exista perjuicio para terceros, pues esta renuncia liberatoria es admitida sin problemas en otros preceptos del Código Civil. Además, los copropietarios no son terceros, y esta renuncia producirá como efecto la aparición de un nuevo titular dominical: La Administración del Estado, que deberá hacerse cargo de las obligaciones devengadas desde la renuncia (tal y como establece el art. 17 LPA).

VII. No creemos posible aplicar como efecto de la renuncia dominical de un elemento privativo en propiedad horizontal, el acrecimiento al resto de copropietarios, pues en la propiedad horizontal no solo existe un derecho de copropiedad ordinaria en los elementos comunes, sino un derecho de propiedad ordinaria en los elementos privativos, principales, sobre los que el resto de comuneros no tiene derechos ni obligación alguna.

VIII. En definitiva, creemos que cabe y es posible la renuncia al dominio de un local sometido a propiedad horizontal, y que tal renuncia trae como con-

secuencia la adquisición *ope legis* del mismo por la Administración, debiendo inscribirse a su nombre, con la correspondiente resolución expresa de atribución, y siendo este nuevo titular quien acceda a la Propiedad Horizontal en las mismas condiciones que el renunciante y haciéndose cargo de sus obligaciones correspondientes.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESOLUCIONES DE LA DGRN:

- 2 de febrero de 1960.
- 23 de julio de 1966.
- 5 de mayo de 1970.
- 19 de abril de 2007.
- 10 de enero de 2003.
- 18 de febrero de 2003.
- 30 de agosto de 2013.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 5 de octubre de 1953.
- 18 de octubre de 1984.
- 25 de abril de 1986.
- 16 de octubre de 1987.
- 5 de mayo de 1989.
- 21 de diciembre de 1991.
- 3 de abril de 1992.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2014): *La maldición de ser propietario de inmuebles urbanos o la imposibilidad de abandono de la propiedad de la vivienda o local por sus acuciantes gastos*. Centro de estudios de consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en www.uclm.es/centro/cesco. págs. 1-6.
- AVILÉS GARCÍA, J. (2014): «Comunidad y sociedad: la traslación del modelo asociativo a la renuncia abdicativa de dominio con fundamento en el perjuicio de terceros». *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 5, 2014. págs. 500-513.
- BATLLE VÁZQUEZ, M. (1978): *Comentarios al Código Civil*, tomo I. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983): *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI. Pamplona: Aranzadi.
- CHICO Y ORTIZ, J. M. (1989): *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II. Madrid: Marcial Pons.
- DE LA RICA MARITORENA, R. (1974): «La cancelación registral». *RCDI*. págs. 1287-1317.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995): *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo III. Madrid: Civitas.

- ECHAVARRÍA SUMMERS, F. (2001): «Comentario al artículo 395 del Código Civil». *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. coord.), Pamplona: Aranzadi. (págs. 537-539).
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). «La renuncia en el Derecho inmobiliario». *RCDI*. págs. 35-48.
- GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2014): «La renuncia abdicativa de dominio sobre un local de negocio y la adquisición del dominio por el Estado». Disponible en <http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=104>.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984): *Elementos de Derecho civil*, I. Barcelona: Bosch.
- MATEO Y VILLA, I. (2014): «La renuncia abdicativa del derecho real limitado y su inscripción en el Registro de la Propiedad». *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio). págs. 233-239.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986): *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Sección de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- POU DE AVILÉS, J. M. (1983): «La renuncia en el Derecho civil español». *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo II, Ed. Bosch, Barcelona. (págs. 695-742).
- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995): *Derecho hipotecario*, tomo I. Barcelona: Bosch.
- TRAVIESAS, M. (1929): «La renuncia». *RGLJ*, tomo III. págs. 554-584.
- VÁZQUEZ CAMPO, A. (1930): «La cancelación y la técnica hipotecaria española». *RCDI*. págs. 690-698.

NOTAS

¹ Han sido varios los autores que la han definido en este sentido amplio, sin delimitar en exceso su objeto. Entre ellos se puede destacar a: ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho hipotecario*, (1995), pág. 398; para ROCA SASTRE es «la declaración jurídica de voluntad por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica un derecho subjetivo, expectativa, facultad, pretensión, beneficio, seguridad, garantía o posición jurídica»; Para BATLLÉ VÁZQUEZ (1978), la renuncia sería «la voluntaria abdicación de una situación, derecho, o expectativa tutelada por la ley, sin transmitirla a otra persona, con la finalidad de extinguir el derecho, evitar su nacimiento o de que cese la situación establecida». GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931) da un concepto más amplio de renuncia, ya que será «la voluntaria dejación o abandono de una situación, facultad, ventaja o expectativa tutelada por el ordenamiento jurídico»; sin embargo, TRAVIESAS (1929) se limita a configurar la renuncia como renuncia de derechos; para él, «la declaración de voluntad productora del resultado de la extinción del derecho, sin transmisión o de la imposibilidad de la adquisición del derecho, constituye la renuncia».

² DE LA RICA MARITORENA, R. (1974). «La cancelación registral». *RCDI*. pág. 1314.

³ LACRUZ BERDEJO, J. L. (1984). *Elementos de Derecho civil*, I. Barcelona: Bosch. págs. 86 y 87.

DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, tomo III. Madrid: Civitas, pág. 887. Habla claramente de la renuncia como «causa extintiva de la relación jurídico-real».

⁵ CHICO Y ORTIZ, J. M. (1989). *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II. Madrid: Marcial Pons, pág. 1893. Considera a la renuncia como causa de extinción de distintos derechos reales

⁶ ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario*, tomo I. Barcelona: Bosch, pág. 401. Denomina a la renuncia abdicativa de derechos «título, acto o negocio jurídico extintivo de derechos reales en cosa ajena, o de la relación dominical, o de participaciones de inmuebles o derechos reales en común, o de facultades, o de acciones de trascendencia real inmobiliaria, o de titularidades».

⁷ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). «La renuncia en el Derecho inmobiliario». *RCDI*, pág. 29. Centra su estudio de la renuncia de derechos en el Derecho inmobiliario registral, como aquella que tiene efectos extintivos de los derechos reales, y la considera como «la declaración de voluntad dirigida a extinguir un derecho inscrito».

⁸ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI. Pamplona: Aranzadi, pág. 336. Estudia la renuncia de derechos como «medio extintivo» de los mismos.

⁹ En este sentido: DIEZ-PICAZO, L. (1995), *ob. cit.*, pág. 889; TRAVIASAS, M. (1929). «La renuncia». *RGLJ*, tomo III, págs. 558-559; VÁZQUEZ CAMPO, A. (1930). «La cancelación y la técnica hipotecaria española». *RCDI*, págs. 696-698; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995), *ob. cit.*, pág. 405; POU DE AVILÉS, J. M. (1983). «La renuncia en el Derecho civil español». *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 698.

¹⁰ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). «La renuncia en el Derecho inmobiliario», *ob. cit.*, pág. 37; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Sección de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, pág. 74; Otros autores no se pronuncian claramente sobre su naturaleza, limitándose a resaltar que se trata de una manifestación de la voluntad; en este sentido destacan: DE LA RICA MARTORENA, R. (1974). «La cancelación registral», *ob. cit.*, pág. 1314; y CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1983). *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. VI, *ob. cit.*, pág. 338.

¹¹ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). La renuncia en el Derecho inmobiliario, *ob. cit.*, pág. 37.

¹² La discusión del carácter unilateral o no de la renuncia ha tenido amplio tratamiento en la doctrina, pero como se escapa del ámbito de este trabajo me remito a los siguientes autores que lo desarrollan: TRAVIASAS, M. (1929). «La renuncia», *ob. cit.*, págs. 558 y sigs.; POU DE AVILÉS, J. M. (1983). «La renuncia en el Derecho civil español» *ob. cit.*, págs. 698-701; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). «La renuncia en el Derecho inmobiliario», *ob. cit.*, pág. 37; y los grandes tratadistas de Derecho civil como CASTAN TOBEÑAS, LACRUZ BERDEJO, SAVIGNY, ALBALADEJO, etc.

¹³ A favor SSTS 18 de octubre de 1984, 25 de abril de 1986, 16 de octubre de 1987. En contra del carácter no receptivo: STS 5 mayo 1989.

¹⁴ POU DE AVILÉS, J. M. (1983). «La renuncia en el Derecho civil español», *ob. cit.*, pág. 729.

¹⁵ TRAVIASAS, M. (1929). «La renuncia». *ob. cit.*, pág. 570.

¹⁶ Cfr, en este sentido, GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). «La renuncia en el Derecho inmobiliario», *ob. cit.*, pág. 38. Afirma que «el acto abdicativo —refiriéndose a la renuncia— será un instrumento público en el que manifestará su consentimiento el titular»; CHICO Y ORTIZ, J. M. (1989). *Estudios sobre Derecho hipotecario*, tomo II, *ob. cit.* pág. 1898. Este autor, pone de manifiesto que para renunciar, por ejemplo, a una hipoteca es necesario la escritura pública que contenga el consentimiento del acreedor; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 408. Declara que la forma en que debe renunciarse un derecho es en documento público y de forma expresa.

¹⁷ ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario*, tomo I, *ob. cit.*, pág. 405.

¹⁸ En este sentido: POU DE AVILÉS, J. M. (1983). «La renuncia en el Derecho civil español», *ob. cit.*, pág. 718; DIEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, *ob. cit.*, págs. 889-890; ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho hipotecario*, tomo I, *ob. cit.*, págs. 407-408; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, *ob. cit.*, pág. 74; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). «La renuncia en el Derecho inmobiliario» *ob. cit.*, pág. 40; DE LA RICA MARTORENA, R. (1974). «La cancelación registral», *ob. cit.*, pág. 1315.

¹⁹ SSTS 5 de mayo de 1989 y 3 de abril de 1992.

²⁰ En este sentido, SSTS 21 de diciembre de 1991, 5 de mayo de 1989.

²¹ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1931). La renuncia en el Derecho inmobiliario, *ob. cit.*, págs. 113-115; y ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. *Derecho hipotecario*, tomo I, (1995), *ob. cit.*, págs. 399-401. D. Jerónimo González estableció una clasificación bastante completa de los distintos tipos de renuncia existentes en la práctica inmobiliaria. Para él, las renunciaciones pueden ser: preventivas, cuando el titular cierra la entrada en su patrimonio

inmueble a un derecho subjetivo que se puede adquirir mediante la aceptación. ROCA SASTRE perfila esta renuncia como aquella por la cual un sujeto separa de su propia esfera jurídica de voluntad algún derecho a adquirir otro derecho, o sea, rechaza hacer suyo un derecho aún no incorporado al patrimonio del renunciante. La renuncia rectificadora es para GONZÁLEZ aquella declaración de voluntad dirigida a cancelar una inscripción extendida a favor del renunciante, cuando no coincida con la realidad jurídica. La renuncia declarativa — o reconocitiva, para ROCA SASTRE— será la que tenga como finalidad reforzar los efectos de un acto jurídico otorgado por quien tiene inscrito a su favor el derecho de que dispone, cuando, sea dudoso o controvertido. GONZÁLEZ continúa analizando la renuncia abdicativa, que será la que tiene por objeto abandonar la cosa o derecho que hipotecariamente no se puede extinguir; sin embargo, para ROCA SASTRE consiste en separar de la propia esfera jurídica de voluntad un derecho adquirido, esto es, incorporado ya en el patrimonio del renunciante. Queda por definir la renuncia extintiva que será la que, valga la redundancia, extinga la cosa o el derecho renunciado; y en último lugar la renuncia traslativa que se dirige a perfeccionar la adquisición de un derecho por otra persona a cuyo favor se renuncia. Por último, la renuncia traslativa no es verdadera renuncia, ya que se dirige a enajenar o ceder un derecho a otro sujeto, sin verdadera voluntad de abandono.

²² Artículo 17 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (vigente hasta el 23 de julio de 2014): Artículo 17 Inmuebles vacantes

1. Pertenecen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño.

2. La adquisición de estos bienes se producirá por ministerio de la ley, sin necesidad de que medie acto o declaración alguna por parte de la Administración General del Estado. No obstante, de esta atribución no se derivarán obligaciones tributarias o responsabilidades para la Administración General del Estado por razón de la propiedad de estos bienes, en tanto no se produzca la efectiva incorporación de los mismos al patrimonio de aquella a través de los trámites prevenidos en el párrafo d) del artículo 47 de esta ley.

3. La Administración General del Estado podrá tomar posesión de los bienes así adquiridos en vía administrativa, siempre que no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño, y sin perjuicio de los derechos de tercero.

4. Si existiese un poseedor en concepto de dueño, la Administración General del Estado habrá de entablar la acción que corresponda ante los órganos del orden jurisdiccional civil.

²³ AVILÉS GARCÍA, J. (2014). «Comunidad y sociedad: la traslación del modelo asociativo a la renuncia abdicativa de dominio con fundamento en el perjuicio de terceros». *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 5, págs. 500-513.

²⁴ ECHAVARRÍA SUMMERS, F. (2001). «Comentario al artículo 395 del Código Civil». *Comentarios al Código Civil* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. coord.), Pamplona: Aranzadi, pág. 539.

²⁵ MATEO Y VILLA, I. (2014). «La renuncia abdicativa del derecho real limitado y su inscripción en el Registro de la Propiedad». *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2 (abril-junio), págs. 233-239.

²⁶ AGÜERO ORTIZ, A. (2014). *La maldición de ser propietario de inmuebles urbanos o la imposibilidad de abandono de la propiedad de la vivienda o local por sus acuciantes gastos*. Centro de estudios de consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. Disponible en www.uclm.es/centro/cesco. págs. 1-6.

²⁷ En el mismo sentido, entiendo forzada la interpretación de la Dirección General, AVILÉS GARCÍA (2014), de que el dominio de la propiedad separada de la propiedad horizontal «acrezca a los demás dueños, sin que pueda intervenir el Estado mediante el procedimiento estatuido por la LAPA». Sin embargo, este autor, considera que la DGRN ha seguido cierta tesis mayoritaria de entender que un inmueble renunciado, es un inmueble abandonado voluntariamente, pero no un bien vacante del artículo 17 LPA. Y por eso aplica tal solución. No obstante, entendemos que la consecuencia principal de la renuncia abdicativa es la extinción del derecho para su titular, y por lo tanto, no hay dueño y resulta vacante.

²⁸ GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (2014). *La renuncia abdicativa de dominio sobre un local de negocio y la adquisición del dominio por el Estado*. Disponible en <http://www.thinktankjuridico.com/articulo.php?a=104>.

1.4. SUCESIONES

La herencia yacente como parte demandada: cuatro odiseas procesales

The unclaimed inheritance as defendant: four odysseys in the courts

por

MARÍA REBECA CARPI MARTÍN

Doctora en Derecho Económico

Profesora Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho Esade (URL)

RESUMEN: En este estudio se analizan las especialidades procesales que emergen cuando una de las partes en litigio es una herencia yacente. Partiendo del reconocimiento formal de la capacidad procesal de la herencia yacente en el artículo 6.1.4º de la LEC y admitida por la jurisprudencia desde mediados del siglo XX, nos adentramos en las concretas dificultades jurídicas y fácticas que comporta el hecho de que esa aptitud subjetiva carezca de desarrollo más allá del artículo 6.1.4º LEC y de la ambigua previsión que incluye después el artículo 7.5 LEC. Desde la complejidad procesal que puede comportar la duda sobre si el demandado vive o ha fallecido, y su patrimonio se encuentra provisionalmente sin titular, ya sea antes del proceso, durante el mismo o en el momento de ejecutar, al cúmulo de cautelas que deben tomarse para evitar que por apreciar el órgano judicial indicios de indefensión para los futuros destinatarios de esa herencia yacente el proceso seguido sea inútil. Como complemento a lo anterior, y vinculado también a ese riesgo de indefensión, se aborda el examen de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre inscripciones y anotaciones derivadas de un litigio y relativas a bienes integrados en una herencia yacente.

ABSTRACT: *This study analyzes the substantive and procedural issues that emerge when one of the parties in litigation is a «vacant or unclaimed inheritance». We revise the specific legal and factual difficulties of a suit in which a vacant inheritance is involved, taking as the starting point the formal recognition of its passive procedural standing in artículo 6.1.4º LEC, previously admitted by the courts. These difficulties are due, mainly, to the ambiguity of this legal recognition and its lack of development beyond articles 6.1.4º and 7.5 LEC. We first address the procedural complexity that may involve the question of whether the defendant lives or not, and his estate is provisionally without a person who has title, either before the trial, during or at the time of enforcing the judgment. Then we analyze the set of measures that are necessary for our courts so as to not cause a lack of defenses to the future owners of the vacant inheritance (the heirs), because that could cause the invalidity of judicial proceedings. Finally, we examine the doctrine of the Dirección General de Registros y Notariado concerning the registrations resulting from judicial decisions over real property integrated into a vacant inheritance.*

PALABRAS CLAVE: Herencia Yacente. Legitimación Procesal. Ignorados Herederos. Indefensión. Llamados a La Herencia. Administrador Hereditario

KEY WORDS: Vacant or Unclaimed Inheritance. Passive Procedural Standing. Unknown Heirs. Defenselessness Expectant Heir. Administer an Estate

SUMARIO: I. EL INICIO DEL VIAJE: RECONOCIMIENTO LEGAL DE CAPACIDAD PROCESAL A LA HERENCIA YACENTE.—II. PRIMERA ODISEA: SABER SI HAY DEMANDADO VIVO.—III. SEGUNDA ODISEA: CONSECUENCIAS DE LA CONSTATACIÓN DE LA MUERTE DEL CAUSANTE.—IV. TERCERA ODISEA: LA GRAN TRAVESÍA CON LA HERENCIA YACENTE COMO DEMANDADA.—V. CUARTA ODISEA: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA HERENCIA YACENTE.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. EL INICIO DEL VIAJE: RECONOCIMIENTO LEGAL DE CAPACIDAD PROCESAL A LA HERENCIA YACENTE

Un recorrido como este, en torno a las peculiaridades procesales de la herencia yacente como parte demandada, podría parecer hoy innecesario si, como antaño, se focalizara en la trillada duda sobre la aptitud de la misma para ser parte en un proceso judicial. Eso porque tal duda, justificada en otros tiempos¹, y centrada en la discusión conceptual sobre la capacidad o no de la herencia yacente para ser parte del proceso, ligada a la constante duda sobre la naturaleza y la falta de personalidad jurídica de esta figura, carece hoy de trascendencia en el plano conceptual, pues primero la jurisprudencia (BUJOSA VADELL, 1995, págs. 169-171)² —hace ya décadas³—, y luego nuestro Derecho positivo (la LEC del año 2000 y en Cataluña sucesivas normas de Derecho sucesorio⁴), han reconocido la aptitud subjetiva de la herencia en el proceso, sin que su falta de personalidad jurídica sea un obstáculo para ello. Más bien al contrario, se insiste desde todos los ámbitos que sería la ausencia de capacidad procesal de la herencia yacente la que abocaría la figura a una situación de ineficiencia a todas luces contraria a los intereses en juego (ROCA SASTRE, 1981, pág. 240)⁵, intereses que no son exclusiva ni principalmente los de los posibles herederos. No cabe duda, en fin, sobre la conveniencia y utilidad de la contemplación legal explícita de la capacidad procesal de la herencia yacente, con independencia de todo lo relativo a su falta de personalidad jurídica y, por tanto, de capacidad jurídica en el plano sustantivo (entre otros, CORDÓN MORENO, 2011, págs. 136 y 147, ROMERO NAVARRO, 2008, págs. 145-157, LORCA NAVARRETE, 2000, págs. 110-128).

Así pues, la actual LEC, concretamente en los artículos 6.1.4º y 7.5, incluye explícitamente la legitimación procesal de la herencia yacente, como patrimonio separado que carece transitoriamente de titular y legítima como representante de esos patrimonios a quien sea su legal administrador; en una aparente solución a los problemas de representación que pudieran plantearse al respecto, al desvincular la cuestión de la intervención en el proceso de la condición de sujeto de derecho⁶.

Digo aparente porque como veremos enseguida no siempre es clara la atribución de legitimación como representante a quien administre o, más exactamente, no siempre hay administrador, ni tampoco todo administrador lo es a todos los efectos y para todo tipo de asunto, lo que redundará, necesariamente, en una restricción a su legitimación para representar a la herencia yacente en

el proceso (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, pág. 32)⁷. Es innegable que por más que se reconozca la utilidad de la ficción de la herencia yacente como ente unitario a efectos de su actuación en el tráfico y de participación en los procesos en los que sea pertinente, su falta de personalidad, su naturaleza provisional y su vocación de extinción configuran en síntesis un panorama de incertidumbre. Por más que lo cataloguemos de conjunto o centro de imputación de titularidades activas y pasivas, que permanece cohesionado hasta que se clarifica su definitivo destinatario, es imposible erradicar la inestabilidad que en esencia la caracteriza. Así, ese inicial panorama procesal, en apariencia claro, se oscurece en cuanto requerimos precisar con estabilidad quién y cómo actuará por y para la herencia yacente sea cual sea el proceso y la posición jurídica en la que se encuentre y, por tanto, por quien/es y cómo se asumirán las consecuencias definitivas que a resultados del proceso judicial experimenten los derechos y obligaciones objeto de litigio (GASCÓN INCHASUTI, 2001, pág. 106)⁸.

Lo anterior, unido a que ni las normas procesales ni las civiles desarrollan esa legitimación procesal más allá de su reconocimiento en los dos artículos generalistas citados (el 6.4 y el 7.5 LEC) y una posible aplicación mediata de otros preceptos (vinculados a cuestiones relativas a la sucesión procesal, como el artículo 16 o el 540 LEC), da como resultado un conjunto de problemas procesales (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, pág. 32)⁹, sobre todo para acreedores y en general terceros interesados en los bienes del caudal relicto, pero también para la propia herencia yacente y su administrador, que como parte en el proceso pueden encontrarse en una situación de ambigüedad que no le resulta en absoluto beneficiosa.

II. PRIMERA ODISEA: SABER SI HAY DEMANDADO VIVO

No hay obstáculo, como hemos visto, para que la herencia yacente sea demandada. Pero dicho lo anterior, cabe preguntarse, para empezar, si siempre será evidente que una herencia se encuentra yacente y, de no serlo, hasta donde alcanza el deber del que pretende llevar a cabo una reclamación judicial de su presunto derecho de indagar en qué condiciones se encuentra el caudal relicto, y frente a quien puede y debe reclamar para la mejor protección de sus intereses¹⁰.

Para empezar, puede suceder que se desconozca incluso el fallecimiento del causante y se interponga la demanda frente a un sujeto ya inexistente. Para tales situaciones la previsión más cercana, que no directamente aplicable, es el artículo 16 de la LEC, si bien dicho artículo regula, en puridad, las consecuencias del fallecimiento de uno de los litigantes una vez iniciado el proceso, y no antes. Siendo rigurosos, la consecuencia del fallecimiento del demandado antes de interponerse la misma daría como resultado, de ser advertida de algún modo por la parte actora, por la autoridad judicial o por los eventuales llamados a la herencia del demandado, una desestimación «*ad limine*», por falta de legitimación pasiva o, más bien, por inexistencia del demandado al haberse extinguido por muerte su condición de sujeto y su personalidad jurídica (PARDO MUÑOZ, 2011, pág. 88). No creo que sea esa la solución que mejor responda al principio de tutela judicial efectiva ni al principio de economía procesal, como ahora veremos.

De no ser advertida esa ausencia de demandado, por desconocerse su fallecimiento, es evidente que el proceso continuará con el mismo en rebeldía, a salvo siempre de la posibilidad, en primer lugar, de que si se acredita a tiempo el fallecimiento del demandado previo al proceso se pueda solicitar la nulidad de actuaciones, incluida la sentencia, o de que si ha habido mala fe al respecto

por la parte actora, se constate la existencia de maquinaciones fraudulentas con la consiguiente rescisión de la sentencia dictada en esas condiciones, de acuerdo con lo previsto por el artículo 516 LEC¹¹. En relación a este tipo de consecuencias nada deseables se hace evidente la necesidad de dotar a la herencia yacente de todos los medios de representación, administración o, al menos, identificación y localización posibles. En efecto, un proceso que por desconocimiento del fallecimiento del demandado se insta frente al mismo y logra llegar a una sentencia de condena en rebeldía muestra la debilidad de un patrimonio sin titular y no solo es perjudicial para los posibles causahabientes universales y particulares del mismo. También lo es para los acreedores de la masa hereditaria, que pueden verse perjudicados por una condena que merme el activo relicto cuando tal condena podía haberse evitado o al menos atemperado con la pertinente defensa en el proceso.

Sin llegar a ese supuesto extremo de la condena en rebeldía puede ocurrir, simplemente, que interpuesta la demanda contra el causante ya fallecido se descubra en el seno del proceso tal circunstancia. En ese caso, en principio, la aplicación estricta de las normas sobre capacidad para ser parte y legitimación *ad causam* (arts. 6 y 10 LEC principalmente) determinarían la inviabilidad del proceso y el archivo de actuaciones sin entrar en el fondo del asunto. Sin embargo eso supone imponer a quien reclama la tutela judicial de sus intereses legítimos la carga de velar en todo momento por la supervivencia del demandado, cosa que no es razonable exigir ni siempre viable, pues más allá, por ejemplo, de situaciones extremas en las que se sabe que el futuro demandado está al borde de la muerte por razón de enfermedad grave o por edad avanzada, bastará con que el actor cumpla con las obligaciones que respecto a la comunicación del domicilio del demandado le impone el artículo 155 LEC con la consecuencias previstas en los artículos siguientes. Por otra parte, además, y aunque la economía procesal no debe servir de escudo para subsanar toda actuación procesal incorrecta, es cierto que en situaciones como la contemplada, en las que se produce un hecho incontrolable y que escapa a la previsión de las partes, aunque sea previo al proceso, lo más eficiente, tal como ha destacado la jurisprudencia¹², será corregir el defecto, dando al actor la posibilidad de dirigir su reclamación, ahora sí, frente a la herencia yacente, retrayendo las actuaciones al momento previo a la primera notificación realizada al supuesto demandado, en realidad fallecido, para redirigirla contra los realmente demandados (sea la herencia yacente o sus herederos ya aceptantes).

Cabe imaginar también la posibilidad de que quien pretende demandar simplemente tenga dudas sobre si el supuesto demandado vive o ha fallecido. No siempre podrá averiguarse con facilidad tal circunstancia, ni está claro que deba hacerlo el demandante, pues el grado de duda que tenga a tal respecto podría predicarse, en último término, de cualquier ser humano. Plantea como posibilidad algún autor (PARDO MUÑOZ, 2011, págs. 91-92)¹³, que se acumule cuando sea posible la demanda contra el titular registral y su herencia yacente o ignorados herederos, si bien deberían, en tal caso, adoptarse las cauteles necesarias para evitar el abuso de esta acumulación por parte de actores comodones, y se utilice la vía de las diligencias preliminares en el artículo 256.1.1º de la LEC para comprobar en la medida de lo posible si el eventual demandado vive o muere.

Discrepando de algún autor (GASCÓN INCHAUSTI, 2001, pág. 106), también creo subsanable el error cometido al demandar a la herencia yacente cuando ya hay heredero aceptante. Si bien procesalmente hablando se trataría de entidades distintas, en realidad el supuesto compartiría fundamento, para la analógica

aplicación del artículo 16 LEC, con el ya visto de interposición de demanda frente al causante ya fallecido, a salvo, claro está, de comportamientos del actor que evidencien mala fe y un propósito de dificultar al heredero su conocimiento de la reclamación y defensa frente a la misma, que entraría en el ámbito de las maquinaciones fraudulentas con las consecuencias que más adelante se analizan. A esto cabe sumar, además, que si doctrina y jurisprudencia rechazan que deba imponerse a quienes reclaman frente a una herencia yacente el esfuerzo añadido de indagar quienes son los llamados y exigirles que se pronuncien en virtud de la *interpellatio* (art. 461-12.2 CCCat y 1005 CC) o que soliciten que la herencia yacente se someta a administración judicial¹⁴, por los mismos motivos no les es exigible que averigüen si los llamados como herederos han aceptado o no, habida cuenta de la amplitud de formas que la aceptación tácita, e incluso la expresa, pueden adoptar. Un tratamiento distinto merecerá, sin embargo, el tema de la herencia parcialmente aceptada o de la yacencia de cuotas, pues dado que el patrimonio hereditario sigue siendo en tal caso un todo indivisible, es preciso clarificar el mejor modo de articular la gestión de ese patrimonio cuya titularidad solo en parte se ha determinado definitivamente.

III. SEGUNDA ODISEA: CONSECUENCIAS DE LA CONSTATAción DE LA MUERTE DEL CAUSANTE

Si quien pretende reclamar judicialmente ya sabe que reclama frente a un caudal relicto, abrirá un mar de tempestades una vez comprobado el fallecimiento del demandado pretendido, pues es entonces cuando los posibles integrantes de la parte demandada se multiplican y se diversifican. Resulta fuera de duda la legitimación procesal de la herencia yacente y, por tanto, poco habrá que argumentar sobre esa posibilidad¹⁵, pero eso no quiere decir que las dudas estén disipadas. Constatada la muerte del causante, cabe que el sujeto interesado en ejercitar una reclamación judicial se pregunte, en primer lugar, si la herencia se encuentra yacente o no, a fin, al menos, de valorar si procede a demandarla como tal o se dirige, en otro caso, frente a los sucesores universales o particulares que corresponda. Se trata, en este estadio, no de que ese sujeto deba o pueda propiciar la aceptación o repudiación por parte de los llamados a la herencia, sino simplemente de la viabilidad de sus intentos para averiguar si existen llamados a la herencia o no¹⁶, si estos, de existir, han aceptado o no lo han hecho, si de ser varios, algunos han aceptado y otros no y, en definitiva, de disipar las dudas sobre el preciso momento sucesorio en el que se encuentra inmerso el derecho o interés que pretende satisfacer o proteger ese tercero¹⁷. Los errores o descuidos en esta indagación acarrearán el riesgo de incurrir en una equivocada estrategia que determine un resultado no del todo satisfactorio, al menos en lo que al pago de las costas se refiere¹⁸, o bien en alguna incorrección procesal más o menos grave que determine por ejemplo la desestimación total o parcial de la demanda, por no haberse incluido a todos los sujetos pasiva y necesariamente legitimados, o por haberse incluido sujetos que no lo están. O, peor aún, que habiendo terminado el pleito con condena a la herencia yacente no pueda ser efectiva esa condena por no estar claro que quien sufrirá las consecuencias de la sentencia condenatoria haya visto garantizado su derecho de defensa en el proceso, tal como considera la DGRN en varias resoluciones, que más tarde comentamos, en las que se rechaza la anotación e inscripción de autos y sentencias relativos a derechos sobre bienes incluidos en una herencia yacente por considerar que

debe el Juez, en tales casos, adoptar las medidas necesarias para la tutela judicial efectiva de los futuros titulares de ese patrimonio relicto.

Si separamos y ordenamos el panorama de variables que han sido valoradas en la jurisprudencia, el cuadro al completo resulta de difícil digestión, pues no es fácil vislumbrar un hilo conductor constante. Entre las pocas cuestiones que han encontrado una respuesta homogénea en la jurisprudencia, sin despertar malestares en la doctrina, la que considera a la herencia yacente como ente unitario procesalmente individualizable pero siempre vinculada a todos los llamados como herederos¹⁹, de manera que no existe incongruencia cuando demandada la primera o los segundos, o ambos conjuntamente, se condena únicamente a la herencia yacente o a los ignorados herederos, pues debe entenderse incluida en esa condena la comunidad de intereses vinculada al patrimonio relicto (ROMERO COLOMA, 1997, pág. 2223)²⁰, lo que determina que tanto los futuros titulares como el patrimonio en sí sean aptos como destinatarios de la condena²¹.

Pero aun siendo esa la pauta general, surgen algunos matices que merecen cierta reflexión. En primer lugar, la especial insistencia en que debe demandarse nominativamente a los llamados cuya identidad se conozca²² lo que unido al planteamiento genérico en virtud del cual se demande a la herencia yacente y a los ignorados o desconocidos herederos²³, da como resultado la conjunción de un triplete en la demanda que, en el fondo, constituye un único término subjetivo en la relación procesal, que tiene la utilidad de abarcar todas las posibles fases del proceso sucesorio anteriores a la definitiva adquisición de los bienes por uno o varios herederos aceptantes.

Detengámonos en los llamados a la herencia cuya identidad es conocida o fácilmente cognoscible. La incertidumbre subjetiva que rodea a la herencia mientras no se determina si hay herederos aceptantes genera una tensión entre la genérica llamada al proceso de los ignorados herederos y los probables llamados a la herencia cuya identidad sea conocida. En primer lugar se insiste en la necesidad de demandar nominativamente a aquellos llamados a la herencia cuya identidad se conozca o deba conocerse, con el riesgo, de no hacerlo, de que se plantee (a instancia de parte o de oficio) una posible indefensión a tales sujetos e incluso, de constatarse la existencia de mala fe en la parte actora, la existencia de maquinaciones fraudulentas por su parte²⁴. Gana importancia, con ello, el grado de diligencia que se le puede exigir a la parte actora cuando demanda a los eventuales destinatarios de una herencia. Y creo que con ello se matiza esa reiterada afirmación de los tribunales de que no cabe imponer a quien reclama sus legítimos intereses frente a la herencia yacente la molestia adicional²⁵, derivada de la acefalía de esta masa patrimonial²⁶, de indagar hasta el extremo quien es el sujeto que definitivamente asumirá la titularidad de los bienes y obligaciones relictos.

Es constante en nuestros tribunales la preocupación por evitar la indefensión de quien siendo llamado a una herencia o incluso habiéndola aceptado, se puede encontrar con un proceso judicial que afecta directamente a su esfera jurídica pero para el que no ha sido emplazado²⁷. Nuestra jurisprudencia mantiene e incrementa su rotundidad sobre la necesidad de agotar las posibles vías de localización del heredero llamado²⁸, so riesgo de incurrir en esa indefensión que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que no basta con que el actor acredite que razonablemente no conocía su existencia y datos de localización, sino que se le impone *«la carga procesal de que se intente dicho acto en cuantos lugares existe base racional suficiente para estimar que pueda hallarse la persona contra la que se dirige la demanda y debe desplegar la diligencia adecuada en orden a adquirir el conocimiento correspondiente»*²⁹.

Las infracciones de ese deber de averiguación y comunicación de quien demanda a una herencia yacente pueden comportar la existencia de maquinaciones fraudulentas si resulta que el demandante conocía o era incuestionable que podía conocer, con un nivel de diligencia mínimo, la identidad de los llamados a la herencia yacente o de su administrador y de manera querida y consciente oculta o no localiza los datos del demandado para que el proceso se sustancie en rebeldía³⁰. Como ejemplos concretos de maquinación fraudulenta aparecen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la ocultación del domicilio de los herederos llamados, a sabiendas de que residían en el mismo domicilio que el deudor fallecido (STS de 25 de junio de 1990); el conocimiento de la identidad del heredero aceptante por haber mantenido correspondencia con el mismo sobre el inmueble de autos (STS 4 de noviembre de 1991); el conocimiento de las circunstancias personales y familiares del deudor fallecido, al haber estado ingresado en las instalaciones de la parte actora largo tiempo y ser sus dos hermanos y herederos *ab intestato* las personas de contacto para temas personales y patrimoniales (STS de 27 de diciembre de 1994); la promoción de la demanda contra la herencia yacente de la titular registral de un inmueble a sabiendas de la identidad y domicilio del copropietario de la finca a dividir (STS de 24 de marzo de 1995); la promoción de la demanda frente a la herencia yacente cuando parte actora y heredero son parientes de tercer grado, residen en un pequeño y común municipio en el que se encuentra el inmueble litigioso y habían intentado años atrás una conciliación (STS de 29 de junio de 1998), el conocimiento de la identidad del heredero aceptante y su administrador mediante dos documentos fehacientes (STS 14 de mayo de 2001) y el parentesco cercano, la residencia en el mismo municipio y la constancia de existir descendientes directos del titular registral (STSJC de 22 de octubre de 2012)³¹.

En todos los supuestos mencionados atribuye el Tribunal Supremo a la parte actora la responsabilidad de provocar maliciosamente la utilización del sistema de citación y emplazamiento edictal, que es y debe ser un medio de comunicación supletorio y último, dificultando a sabiendas las posibilidades para el demandado de conocer el proceso y, con ello, su efectiva defensa³². Se imputa al actor un comportamiento fraudulento al ocultar su efectivo conocimiento de la identidad de los herederos cuyo emplazamiento, así, logra evitar. Como atenuante de la carga que incumbe al demandante en estas situaciones la advertencia de que en estos casos habrá maquinación fraudulenta si además la indefensión generada no es derivada de causa imputable a la parte demandada, esto es, dicho de otro modo, que los herederos hubiesen tenido conocimiento o posibilidades evidentes de conocer el proceso y no hubiesen comparecido a sabiendas de ello³³.

En recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009, 17 de marzo de 2010 y de 3 de marzo de 2011 (todas de la Sala de lo Civil, Sección 1.^a), parece intensificarse aún más el grado de diligencia exigido a los demandantes frente a la herencia yacente. Aunque no cambia el discurso sobre los elementos constitutivos de las maquinaciones fraudulentas, en el análisis del caso concreto se evidencia que en los supuestos resueltos se exige a quien demanda a una herencia yacente el esfuerzo adicional de hacer todas las averiguaciones que una diligencia «razonable» requiera para determinar quiénes son los herederos y cómo localizarlos. La primera de tales sentencias considera que el demandante no cumplió con la carga procesal que le incumbía, al no haber realizado todas las gestiones de averiguación sobre la identidad de los herederos ni haber solicitado su emplazamiento personal. Se le imponía tal deber de averiguación a partir de los dos posibles domicilios conocidos de la causante frente a cuya herencia

yacente pretendía ejercitar una opción de compra. No había en el supuesto, por tanto, evidencias de conocimiento de la verdadera identidad de los herederos, ni tampoco ocultación maliciosa con el fin de aprovecharse procesalmente. Por otra parte, constaba en el caso que la parte demandada, una congregación religiosa a la que pertenecía la fallecida, había recibido a nombre de esta un burofax en el que los actores reclamaban su pretensión, si bien lo habían devuelto sin lectura de su contenido, según dice la sentencia, porque «*resulta procedente que el escrito dirigido a una persona física fallecida fuera devuelto a su origen sin consultar su contenido por parte de la Congregación a la que esta pertenecía, que no era su destinatario*». Lo cierto es que al margen de valoraciones más ácidas sobre esta sentencia³⁴, lo que es indudable es que existe un salto cualitativo entre considerar que existen maquinaciones fraudulentas por conocer y ocultar y considerar que existen por no averiguar, y es el salto entre el comportamiento fraudulento y el simplemente negligente. Para confirmar esta aparente agravación de la diligencia exigible al actor, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2011. En ella, sin resolver un supuesto de maquinaciones fraudulentas, pues se trata de un recurso extraordinario por infracción procesal, se considera que no es suficiente con que el demandante ignore la identidad de los herederos y sus datos de localización, sino que además de proporcionar los datos de que dispone, en este caso certificados de defunción y último domicilio de los fallecidos, debe solicitar al órgano judicial la práctica de las diligencias de averiguación necesarias, oficiando a Registros y Organismos³⁵.

De todo lo dicho resulta una conclusión un tanto desconcertante. Tras afirmar y reafirmar la jurisprudencia que la herencia yacente es apta como término subjetivo de la relación procesal, no individualizable de los herederos y por ello equivalente a esa mención genérica de los «ignorados o desconocidos herederos», por exigencia indeclinable del derecho a la tutela judicial efectiva de esos ignorados herederos se debe hacer un esfuerzo más que razonable por transformarlos en conocidos y, así, traerlos al proceso, siendo tal el grado de exigencia de esas gestiones de averiguación en las sentencias más recientes que puede resultar, en la práctica, que lo que el Derecho positivo ha terminado por reconocer en el artículo 6.1 de la LEC a remolque de la jurisprudencia, machacona sobre la legitimación de la herencia yacente como parte del proceso, se reduzca a ser la fórmula de reclamación frente a herencias vacantes, y no yacentes, esto es aquellas que por carecer el causante de sucesores testados o intestados tienen como único destinatario al Estado³⁶, siendo necesario en todos los demás supuestos agotar todos los recursos para concretar y localizar a los hipotéticos herederos³⁷.

Aún no termina aquí la dificultad que entraña demandar a una herencia yacente de acuerdo con los criterios aplicados por los tribunales españoles. Además de salir airoso del intríngulis del mejor modo de emplazamiento a los llamados como herederos que sean cognoscibles, el demandante no puede prescindir en ningún caso de dirigirse también contra los restantes y genéricos ignorados herederos o la herencia yacente, pues si personaliza exclusivamente la reclamación en esos llamados a la herencia a los que se demanda nominalmente, sean uno o varios, se enfrentará casi con toda seguridad³⁸ a una declaración de nulidad del proceso y retroacción de las actuaciones por quebrantamiento de forma y consiguiente indefensión de otros posibles e ignorados herederos³⁹, o la desestimación por apreciarse falta de litisconsorcio pasivo necesario⁴⁰ o, en su caso, por falta de personalidad en el demandado⁴¹, sin que para apreciar esta posible falta de legitimación pasiva se exija que el demandado haya repudiado la herencia⁴². Ante este panorama propone algún autor (PARDO MUÑOZ, 2011, págs. 104-407) un sinfín

de medidas de localización, notificación y comunicación de emplazamiento, de peticiones procesales y de posibilidades de intervención procesal para cubrir así todo el abanico de posibles herederos, conocidos, cognoscibles y desconocidos o ignorados que si bien procesalmente resultará impecable, desde el punto de vista del demandante puede acabar, salvo que de un Ulises se trate, en una renuncia al ejercicio de su derecho o, al menos, una postergación de la travesía procesal hasta que los vientos amainen.

IV. TERCERA ODISEA: LA GRAN TRAVESÍA CON LA HERENCIA YACENTE COMO DEMANDADA

A todo lo anterior se suma un dato adicional que en conjunción con el resto produce cierta perplejidad: exigen los tribunales que se demande y emplazamiento personalmente a los posibles herederos cuya identidad sea conocida para, a continuación, impedir a estos posibles herederos la actuación en defensa de la herencia yacente al anudar a cualquier actuación que no sea la de negar su legitimación pasiva, o la de no comparecer (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, págs. 104-105)⁴³, la consecuencia de estar aceptando tácitamente la herencia⁴⁴.

Por ello, visto que toda personación del llamado en nombre propio, salvo las dirigidas precisamente a excluirse del proceso por falta de legitimación, es considerada por los tribunales como aceptación tácita de la herencia, se preguntan algunos autores si sería o no viable adjudicar a uno de los llamados la posición y responsabilidad de representar en un proceso a la herencia yacente, en los casos en los que ese heredero no disponga de poder bastante otorgado por el resto de llamados para representarlos. De admitirse, se estaría legitimando al llamado para actuar en nombre ajeno y, por ello, sin que su oposición al fondo de lo reclamado frente a la herencia yacente comportase aceptación de la misma, en una especie de actuación en representación ajena como si de un administrador con poderes se tratase. Como sustento para tal consideración, las actuaciones de mera conservación y administración provisional que el artículo 999 CCE permite al llamado sin incurrir en una aceptación tácita.

La cuestión, lejos de ser una derivación estrictamente procesal, entronca directamente con el concepto que sobre la posición jurídica del llamado a la herencia se profesa en cada sistema normativo. En lo que respecta al Derecho español estatal, veo poco plausible que con la escasa base del artículo 999 CCE se pueda concluir que el llamado a la herencia incluye entre sus atribuciones la de representarla procesalmente (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, págs. 36-37)⁴⁵ y, con ello, la de representar al resto de llamados, ni siquiera recurriendo a la analogía con la situación del coheredero que representa al resto de coherederos cuando ya se ha formado la comunidad hereditaria (SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 1997, págs. 418-419)⁴⁶. En el Derecho estatal la falta de todo reconocimiento sustantivo a la figura del llamado y lo efímero de sus atribuciones de gestión de la herencia, limitadas a la mera conservación y administración provisional y definidas además como simple aclaración de lo que no es aceptación, confirman su ineptitud para representar los intereses ajenos, e igualmente difusos, del resto de llamados, lo que explica su falta de legitimación pasiva para representar a la herencia yacente y al resto de llamados⁴⁷. No creo que la cuestión, por otra parte, este vinculada al sistema de adquisición de la herencia, automático o no, y por ello que en todo sistema de adquisición por aceptación la extensión de los poderes legalmente reconocidos a los llamados y, sobre todo, la posibilidad de que lleve a cabo actos legalmente

vinculantes entre la herencia yacente (y el futuro aceptante) y los terceros sea inviable, pues como destaca SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (1997, págs. 399-402) sistemas de una y otra tendencia reconocen tales poderes con extensiones diversas. Pero sí creo que la debilidad de las atribuciones al llamado en el ordenamiento español impide calificarlo de administrador y, menos aún, representante legal de la herencia. Entre atribuir esos oficios legales y simplemente no impedir ciertos actos de gestión, conservación y administración existen diferencias cualitativas y cuantitativas muy importantes. Entre otras, esta de la representación procesal, impensable para quien no tiene conferida una función mínimamente estructurada y supervisada como gestor. La propia redacción del artículo 999.4 CCE nos da la pauta: se excluyen del ámbito de la aceptación aquellos actos que tenga carácter provisional y de mera conservación, de donde resulta clara la exclusión de toda actuación que desemboque en una consecuencia jurídica patrimonial definitiva, como serían los actos de representación procesal que llevan, por definición y salvo los procesos posesorios y aquellos que carecen de significado patrimonial en sí mismos, como la alegación de la prescripción ganada, a consecuencias irreversibles. Es por ello que las actuaciones, procesales o extraprocesales, que exceden de esos estrictos actos de mera conservación y administración provisional, no pueden sino ser vistos como supuestos en los que se evidencia que la voluntad del llamado es aceptar la herencia, aunque como se ha destacado (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, pág. 46)⁴⁸, la posición de la jurisprudencia sobre esto es en exceso rigurosa, pues no todas las oposiciones a una demanda llevarán implícita esa voluntad de aceptar la herencia ni, lo que es más importante, excederán de lo que podemos calificar mera conservación o administración provisional.

Diversa puede ser la respuesta en el Derecho italiano, en el que el artículo 486 de su Código civil autoriza explícitamente al llamado que entra en posesión de los bienes hereditarios para representar a la herencia en juicio, tanto activa como pasivamente. Complementa así lo dispuesto por el artículo 460 de ese Código Civil, que precisa las facultades, en general, del llamado en relación a la herencia aun no aceptada cuando no hay curador de la misma, definiendo sus funciones de manera concreta y temporalmente acotada, haciendo evidente con ello que concibe su actuación, en todo caso, como la de aquel sujeto que tiene poder para administrar por ser el que con más probabilidades cuenta de convertirse en titular definitivo del patrimonio relicto (NERVI, 2009, pág. 73)⁴⁹ y, por tanto, lo hace en un marco temporal perfectamente delimitado y, sobre todo, breve⁵⁰. Sin que el elenco atribuido sea muy extenso, ciertamente del mismo resulta, a priori, que se dota a la posición jurídica del llamado de significado autónomo y trascendente en cuanto a la administración de la herencia, pues según reza el título del propio artículo 460 CCI ostenta poderes antes de la aceptación. En ese contexto, además, se le reconoce explícitamente la legitimación procesal, tanto activa como pasiva, para representar a la herencia (art. 486 CCI)⁵¹. Tal reconocimiento, aun sin que proporcionar al llamado la posición jurídica de administrador de la herencia (Ferri, 1980, pág. 127)⁵², dota a su tarea de gestión de cierta identidad (Natoli, 1968, pág. 112)⁵³.

Por su parte, el Derecho catalán, habilita al llamado en el artículo 411-9.1 CCCat para la realización de actos de defensa de la herencia⁵⁴. El término «defensa» no deja lugar a dudas sobre la inclusión, entre las potestades del llamado a la herencia, de la legitimación individual⁵⁵ para comparecer como parte demandada en defensa de la herencia yacente y, por tanto, como representante de la misma. Con ello cabe afirmar que el CCCat, de manera similar al Derecho italiano⁵⁶, habilita al llamado para oponerse judicialmente a las pretensiones judicial o

extrajudicialmente ejercidas frente a la herencia yacente, sean del tipo que sean (patrimoniales en todo caso, sean reales o personales), y ello sin necesidad de recabar autorización alguna y sin que quepa calificar de aceptación tácita esa defensa procesal de la herencia yacente, puesto que el llamado no actúa en su propio nombre, sino en el de la herencia yacente, realizando un comportamiento que es «esencialmente conservativo» (NATOLI, 1968, pág. 191). Siempre a salvo, claro está, de que en supuestos concretos la actuación del demandado vaya acompañada de una evidente voluntad de asumir la cualidad de heredero, transformando su actuación en nombre de la herencia yacente en intervención como heredero y en interés propio⁵⁷.

Resumamos. Resulta que en el Derecho estatal, para demandar con ciertas garantías de éxito a una herencia yacente, deberá dirigirse la demanda contra la misma o, lo que es lo mismo, contra la comunidad de ignorados herederos, siendo una y otros emplazados por edictos. Además, so riesgo de nulidad por indefensión de la parte demandada, o de desestimación por motivos procesales, es necesario demandar a todos los llamados a la herencia cuya identidad se conozca, o bien se pueda conocer empleando un nivel de diligencia razonable, nivel que la jurisprudencia incrementa progresivamente, acompañando a los datos de identidad de esos sujetos los de emplazamiento o al menos, la constancia de haber agotado todas las vías de investigación que estén al alcance del actor. Llegado este punto, puede pasar, sin embargo, que los demandados personalmente emplazados opongan su falta de legitimación activa por no haber aceptado aun la herencia, habida cuenta del riesgo de ser tenidos por aceptantes de la herencia si se oponen al fondo de la demanda, y que dicha falta de legitimación pasiva, de apreciarse, determine la desestimación de la demanda contra ellos, resultando entonces condenada, si es que hay condena, la herencia yacente. Importante matiz, en todo este galimatías procesal, el referido al Derecho catalán, pues parece estar clara la legitimación pasiva del llamado a la herencia, referida en general a todo tipo de pleito frente a ella, a la vista del inequívoco redactado del artículo 411-9.1 CCCat.

Para finalizar la cuestión de la legitimación pasiva, aun cabe abordar algunos matices que pueden enturbiar el panorama con posterioridad al correcto establecimiento de la relación procesal. Demandada la herencia yacente, y salvo que los llamados a esa herencia que hayan sido demandados personalmente sean en realidad aceptantes, ya por probarse su aceptación previa al proceso, ya porque su actuación en el propio proceso sea considerada como tal aceptación, resultará que si se estima la demanda la condena recaerá sobre la herencia yacente, y eso genera algunas, y serias, dificultades para la definitiva satisfacción del derecho de quien tiene la mala fortuna de tropezar con una herencia yacente. En primer lugar, la posibilidad de que la condena amplíe su alcance subjetivo incluyendo la mención de los eventuales herederos cuya identidad se conozca para el caso de que acepten la herencia. No creo que tal extensión condicional de la condena, apuntada por algún autor (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, pág. 34), sea viable. De una parte porque aunque se ha dicho que admitir ese tipo de matiz en la sentencia podría dotar de mayor agilidad a algunas ejecuciones, no parece que nuestra LEC permita la imposición de condenas condicionadas a un hecho futuro e incierto como la aceptación de la herencia por el condenado⁵⁸, dada la taxatividad con que se pronuncia el artículo 218.1 LEC, pues amén de que si no hay aceptación no serían ejecutables, si son admitidas podrían requerir para su ejecución de interpretaciones sobre el preciso sujeto condenado que no son recomendables y que tienen difícil encaje en un proceso de ejecución de sentencia⁵⁹, amén de que, en

puridad y para ser completas, exigirían de la constancia en el fallo condenatorio de todos los posibles sucesores, más o menos inmediatos o lejanos, con lo que podríamos llegar al absurdo de incluir hasta el último destinatario de los bienes por vía intestada (el Estado).

Pero, sobre todo, porque creo que la condena a la herencia yacente o a los ignorados herederos es suficientemente operativa, pues haya habido posteriormente aceptación o no, todos los derechos y obligaciones que formasen parte de ese conjunto patrimonial pasarán en el estado en que se encuentren al/los heredero/s. Si eso se produce antes de ejecutarse la sentencia no existirá obstáculo alguno para que la misma se haga efectiva frente al definitivo titular del caudal relicto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 540 LEC, con todas las salvedades que, lógicamente, puede comportar una aceptación a beneficio de inventario en orden a separar el patrimonio heredado de su patrimonio personal. En todo caso, nada aportará a la ejecución frente al definitivo heredero la inclusión de una condena personal condicionada al hecho de su aceptación, y por tanto, garantiza mejor la efectividad de esa sentencia el no incluirla, y evitar así una imprecisión que como poco, casa mal con la exigencia de claridad y precisión en las sentencias civiles a que se refiere el artículo 218.1 LEC.

V. CUARTA ODISEA: EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y LA HERENCIA YACENTE

El último de los obstáculos a sortear cuando hablamos de la legitimación pasiva de la herencia yacente aparece, de modo un tanto sorprendente, en aquellos casos en los que el proceso en el que figura como demandada tenga o haya tenido por objeto algún bien inmueble y se adopte la decisión de anotar o inscribir derechos de la parte actora sobre dicho bien. Por si la complejidad de la legitimación pasiva no fuese ya suficiente, y las cautelas de nuestros tribunales pudieran resultar escasas, emerge la rígida doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha defendido entre los 2003 y el 2010⁶⁰ en cuanto al control de las garantías procesales relativas a notificaciones y emplazamientos, incrementado así el grado de dificultad en la dinámica funcional de los patrimonios yacentes. Eso por exigir, para la inscripción de sentencias dictadas contra una herencia yacente y para la anotación de embargos sobre bienes incluidos en un caudal relicto, que dicha herencia estuviese representada por un administrador judicialmente nombrado. Considera en tales resoluciones que de otro modo se vulnera el principio de interdicción de la indefensión y tutela judicial efectiva por no garantizarse, mediante emplazamiento y la citación genérica de los herederos, la debida defensa de los sucesores del titular registral.

Afectando a diversos tipos de decisiones judiciales e impidiendo su constancia registral (DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, pág. 41)⁶¹, esa doctrina, tras reconocer la obligación de los registradores de la propiedad, como funcionarios públicos, de cumplir las sentencias firmes o ejecutables, pone en cuestión el desarrollo de esa función jurisdiccional por los tribunales, siquiera implícitamente, al considerar que la notificación y emplazamiento por edictos a la herencia yacente e ignorados herederos no respeta el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pone en riesgo el principio de tracto sucesivo y no garantiza que quienes puedan ser causahabientes de los derechos del titular registral fallecido hayan tenido posibilidad al menos de intervenir en el proceso. En coherencia con ello, considera que las inscripciones y anotaciones ordenadas en esas resoluciones judiciales

pueden ser «denegadas» a través del cauce del artículo 100 del Reglamento Hipotecario cuando se refiere al alcance de la calificación registral respecto de los documentos judiciales y concretamente al alcance de dicha calificación respecto de la congruencia entre la resolución dictada y el procedimiento seguido. Aducen, finalmente, que la correcta defensa de la herencia yacente y de los ignorados herederos debe articularse, conforme a lo dispuesto por las normas procesales (arts. 6.4, 7.5, 540, 790. 1, 791.2.2º, 797 y 798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) designando judicialmente un administrador de la herencia con quien sustanciar entretanto el procedimiento⁶².

Basta un análisis básico de lo que comporta la tutela judicial efectiva y su conexión con el principio de tracto sucesivo para poner en cuestión esta doctrina de la DGRN, que el propio Centro Directivo ha atemperado posteriormente. De una parte porque tal como destaca algún autor la actual regulación del principio de tracto sucesivo en el artículo 20 LH y concordantes solventa la cuestión de lo que con anterioridad a la reforma hipotecaria de 1909 había generado la denegación de inscripciones de enajenación de un bien o derecho de la herencia yacente si antes no se inscribía la titularidad de dicho bien a nombre de los herederos (MONJE BALMASEDA, 2001, págs. 211-212)⁶³. Precisamente a la luz de esta normativa concluir que la citación por edictos de la herencia yacente o los ignorados herederos conduce a una vulneración del tracto sucesivo resulta, cuanto menos, forzado, pues el propio artículo 20 LH abre el cauce para inscribir las enajenaciones de bienes de una herencia con o sin órgano de representación. Cuando exista ese órgano, aclara que no será precisa la previa inscripción del bien a enajenar a nombre del representante. Cuando no haya órgano representativo admite la posibilidad de inscribir los testimonios de autos de adjudicación o escrituras de venta verificadas en nombre de los herederos del ejecutado en virtud de ejecución de sentencia, con tal que el inmueble esté inscrito a favor del causante, haciendo así evidente que contempla como factible la enajenación forzosa de bienes de la herencia yacente sin necesidad de órgano de representación o administración de dicha herencia. Siendo así, difícilmente puede requerir la DGRN, para estos casos al menos, y en nombre del principio de tracto sucesivo, el nombramiento de un administrador judicial de la herencia. De otra parte, porque no cabe incluir, dentro del control que efectúan los registradores mediante la calificación (PARDO MUÑOZ, 2011, 65)⁶⁴, el examen sobre la corrección y eficacia de las medidas de notificación y emplazamiento legalmente previstas: tales medidas son aplicadas en el ejercicio de su exclusiva competencia jurisdiccional por los tribunales que, como hemos visto, se afanan en esa tarea exigiendo al demandante agotar las vías de localización de los posibles llamados a la herencia. Pareciese que la DGRN, en realidad, realiza una corrección al Derecho positivo que regula cuáles son las medidas de localización, notificación y emplazamiento en estos casos y cómo se deben aplicar, pues de fondo lo que subyace es su convicción sobre lo insuficiente de esos mecanismos y como efecto reflejo, proyecta su discrepancia sobre la aplicación ya de por sí garantista que hacen los tribunales, optando por una interpretación correctora de los preceptos registrales relativos al tracto sucesivo para rectificar esa insuficiencia normativa.

A lo anterior se suma, además, que hasta la Resolución de 9 de junio de 2009 la exigencia de nombramiento de un administrador judicial de la herencia con quien se sustanciase todo proceso cuyos efectos deban reflejarse en el Registro de la Propiedad se ha aplicado indiscriminadamente a todo litigio en que se hallase implicada una herencia yacente, sin tener en cuenta que dadas las exigencias de localización y emplazamiento que aplican nuestros tribunales

lo frecuente es que los eventuales herederos tengan conocimiento preciso del proceso y oportunidad de una efectiva defensa, y solo en el caso de que alguien fallezca sin otorgar testamento y sin parientes con derecho a la sucesión intestada se emplaza a sus herederos mediante edictos. Con tino trató esta cuestión la SAP de Zaragoza, sección 4.^a, de 20 de abril de 2009, al poner de manifiesto que la DGRN, al aplicar su conclusión de este modo, presuponia una «*situación en el proceso sucesorio que puede ser irreal*», al asumir que siempre que se demanda a la herencia yacente la misma lo está (cuando es posible que haya sido ya aceptada), o bien que estando yacente los eventuales sucesores del titular registral se hallan indefensos cuando no se nombra administrador judicial de la herencia. Tanto en caso de aceptación ya producida, como en caso de que los llamados a la herencia hayan sido personalmente emplazados, «*pasa a ser carga de los mismos el reaccionar y adoptar una postura activa del defensa del patrimonio hereditario, pasando, si ello es necesario, por la aceptación de la herencia. Pero sin que la pasividad de los herederos deba repercutir negativamente en el acreedor ni deba el órgano jurisdiccional en esa situación de puesta en conocimiento de los llamados a una herencia de la existencia de un proceso seguida contra la misma a proveer una administración judicial que no está prevenida para los supuestos de mera pasividad de los mismos: fuera de los supuestos de urgencia que se contemplan en el artículo 790 LEC., el artículo 791 de la misma Ley procesal la mencionada intervención solo se justifica cuando fallece una persona sin testar o sin parientes que le puedan suceder intestado*»⁶⁵.

Y ello aun en el caso de que esos llamados a la herencia personalmente emplazados lo hayan sido mediante edictos por no ser posible, agotando las vías de localizarlos que exige la jurisprudencia, ubicarlos en un domicilio concreto. Dados los medios técnicos actuales muy difícilmente quedará un sujeto incomunicado de manera involuntaria, por lo que las consecuencias de un proceso judicial que puedan afectarle «hipotéticamente y para el caso de que aceptase la herencia», negativamente, bien podrían ser asumidas como esfera de riesgo voluntariamente generada. Solo podrá ser viable la nulidad por indefensión en el caso en que no se agoten los medios de localización disponibles, o bien cuando aún agotados esos medios se conozcan posteriormente las especiales circunstancias del posible heredero y se concluya que debía haberse procedido, efectivamente, al nombramiento de un administrador judicial o un representante del propio llamado⁶⁶.

Como ya decía, la propia DGRN ha matizado su rigor en resoluciones posteriores. De una parte, empezando a asumir que cuando desde los tribunales se ha emplazado nominativamente a alguno de los posibles herederos no es necesario el nombramiento de administrador judicial, siendo suficiente con tal emplazamiento «siempre que de los documentos presentados resulte que el juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente»⁶⁷. Se trata, en resumen, de la mayoría de supuestos, esto es, todos aquellos casos en que hay un testamento conocido o parientes con derechos sucesorios intestados, manteniendo la exigencia de que haya administrador judicial, según recuerda la Resolución de 27 de mayo de 2013, cuando se trata de herencias en las que «el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico». Armoniza así su interpretación del artículo 20 LH con la previsión del artículo 791 de la LEC sobre intervención judicial de la herencia y posible nombramiento de administrador (persona que haga y garantice el inventario y depósito) cuando no hay testamento ni parientes con derechos legitimarios. De otra, relajando incluso su exigencia respecto a la presencia de administrador judicial en los casos expuestos cuando se trata de los procesos monitorios por gastos debidos a la comunidad de

propietarios que regula el artículo 21 LPH. Admite en tal caso las reclamaciones únicamente dirigidas contra la herencia yacente y los ignorados herederos, al considerar, posiblemente, que el dato de tratarse de una obligación *propter rem* aligera la necesidad de localizar al preciso sujeto deudor que será, en todo caso, quien ostente la titularidad del inmueble⁶⁸.

VI. CONCLUSIONES

I. Creo que es deliberada la ausencia, en nuestro Derecho positivo, de un rígido régimen legal que encorsete excesivamente a la herencia yacente, dentro y fuera del proceso, en una apuesta en este ámbito por intensificar su versatilidad y teniendo en cuenta, sobre todo, que es un estadio patrimonial transitorio que no debería prolongarse. No obstante, dada la individualidad que cabe atribuir a tal patrimonio, se le dota de ciertos mecanismos de identidad que, sin concederle personalidad jurídica, sirven para aislarla como ente aglutinador del conjunto de titularidades activas y pasivas del causante.

II. Eso determina, en consecuencia, que sea también la destinataria de las pretensiones de terceros relacionadas con alguna de estas titularidades, y que se haya posibilitado el ejercicio de esas pretensiones, a pesar de la falta de personalidad jurídica de la herencia yacente, frente a la misma, como si de un sujeto procesalmente individualizable se tratase. Inevitablemente, su falta de personalidad jurídica sustantiva, y sobre todo, la incertidumbre sobre su destinatario definitivo propician un espacio de ambigüedad que tiene como resultado una constante tensión entre la garantía de efectividad de los derechos e intereses frente a la herencia yacente y la debida protección de ese patrimonio acéfalo y sus futuros titulares.

III. De una parte, lo anterior deriva en una falta de adecuación de los mecanismos procesales de identificación, localización y emplazamiento a las peculiaridades y diversidad de supuestos que pueden surgir cuando un eventual demandado fallece antes, durante o tras el proceso. Se generan, en tales casos, auténticas ratoneras procesales en las que la parte actora puede ver frustrada su pretensión sustantiva por circunstancias que le son ajenas e incontrolables, lo que plantea, a su vez, una posible merma de sus garantías procesales y de su derecho a un proceso eficiente.

IV. De otra parte, la misma ambigüedad y falta de adecuación que se describe en la conclusión anterior puede alimentar iniciativas fraudulentas de algún tercero que, buscando grietas en ese inadecuado sistema de identificación, localización y emplazamiento, pretenda obtener de la herencia yacente prestaciones y derechos que no le corresponden.

V. Como hemos visto en el estudio, es esa tensión descrita la que conduce, tanto a nuestros tribunales como a la DGRN, a extremar las cautelas cuando se sigue un proceso frente a una herencia yacente. Para adecuar esas cautelas a los riesgos verosímiles, deben hacerse distinciones entre herencia yacente cuyos posibles herederos son conocidos, herencias yacentes con ignorados herederos, y herencias yacentes en las que alguno de los llamados actúa como administrador y eventual aceptante. Cada una de esas situaciones requiere medidas diversas para temprar la tensión antes aludida.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

SENTENCIAS:

Tribunal Constitucional:

- STC 185/2001 de 17 de septiembre.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil/Sala de lo Civil, Sección 1.ª:

- 21 de junio de 1943.
- 13 de junio de 1979.
- 10 de noviembre de 1981.
- 15 de junio de 1982.
- 20 de septiembre de 1982.
- 16 de septiembre de 1985.
- 12 de marzo de 1987.
- 15 de noviembre de 1988.
- 25 de junio de 1990.
- 21 de mayo de 1991.
- 22 de julio de 1991.
- 4 de noviembre de 1991.
- 7 de abril de 1992.
- 14 de mayo de 1992.
- 12 de noviembre de 1992.
- 24 de noviembre de 1992.
- 18 de marzo de 1993.
- 7 de octubre de 1993.
- 27 de diciembre de 1994.
- 24 de marzo de 1995.
- 29 de junio de 1998.
- 11 de abril de 2000.
- 27 de junio de 2000.
- 14 de mayo de 2001.
- 14 de mayo de 2003.
- 31 de mayo de 2006.
- 14 de junio de 2006.
- 12 de julio de 2006.
- 9 de mayo de 2007.
- 26 de febrero de 2008.
- 8 de mayo de 2008.
- 28 de julio de 2009.
- 17 de marzo de 2010.
- 3 de marzo de 2011.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA:

Castilla y León:

- 20 de junio de 2002 (Sala de lo Social).

Cataluña:

- 3 de octubre de 2005 (Sala de lo Civil).
- 22 de octubre de 2012 (Sala de lo Civil).

Madrid:

- 3 de febrero de 1997 (Sala de lo Social).

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- AP Álava, 20 de julio de 1998, Sección 1.^a.
- AP Alicante, 28 de junio de 2002, Sección 6.^a.
- AP Almería, 21 de enero de 2000, Sección 2.^a.
- AP Almería, 15 de febrero de 2000, Sección 1.^a.
- AP Asturias, de 28 de junio de 2001, Sección 5.^a.
- AP Asturias, 21 de febrero de 2003, Sección 5.^a.
- AP Badajoz, 12 de diciembre de 2003, Sección 3.^a.
- AP Barcelona, 29 de octubre de 2003, Sección 16.^a.
- AP Barcelona, 27 de mayo de 2002, Sección 13.^a.
- AP Barcelona, 29 de octubre de 2003, Sección 16.^a.
- AP Barcelona, 26 de julio de 2006, Sección 16.^a.
- AP Barcelona, 29 de abril de 2009, Sección 4.^a.
- AP Barcelona, 27 de julio de 2011, Sección 15.^a.
- AP Burgos, 14 de julio de 1998, Sección 2.^a.
- AP Cádiz, 20 de octubre de 2009, Sección 5.^a.
- AP Cuenca, 29 enero de 2004, Sección 1.^a.
- AP de Girona, 17 de abril de 1998, Sección 2.^a.
- Auto AP Girona. 13 abril de 2011, Sección 2.^a.
- Auto AP Girona, 29 de marzo de 2012, Sección 1.^a.
- AP Las Palmas, 15 de junio de 1999, Sección 4.^a.
- AP Las Palmas, 13 de abril de 2005, Sección 3.^a.
- AP Las Palmas, de 8 de abril de 2005, Sección 5.^a.
- AP Lleida, 8 de abril de 2004, Sección 2.^a.
- AP Madrid, 22 de marzo de 2000, Sección 19.^a.
- AP Madrid, 20 octubre de 2008, Sección 8.^a.
- AP de Madrid, 23 de enero de 2009, Sección 13.^a.
- AP de Madrid, 10 de febrero de 2009, Sección 9.^a.
- AP de Madrid, 23 de diciembre de 2010, Sección 11.^a.
- AP Madrid, de 5 de abril de 2011, Sección 11.^a.
- AP Murcia, 21 de enero de 2003, Sección 5.^a.
- AP Palencia, 31 de mayo de 2002.
- AP Sevilla, 30 de abril de 2009, Sección 9.^a.
- AP Sevilla, 6 de marzo de 2000, Sección 5.^a.
- AP Tarragona, 21 de marzo de 2000, Sección 1.^a.
- AP Valencia, 2 de febrero de 2000, Sección 7.^a.
- AP Valencia, 30 de diciembre de 2000, Sección 7.^a.
- AP Valencia, 25 de enero de 2001, Sección 9.^a.
- AP Valencia, 2 de febrero de 2001, Sección 7.^a.

- AP Zamora, 3 de diciembre de 2012, Sección 1.ª.
- AP Zaragoza, 20 de abril de 2009, Sección 4.ª.
- AP Zaragoza, 10 mayo de 2003, Sección 5.ª.

CORTE DI CASSAZIONE ITALIANA:

- Sentencia de 7 de marzo de 1977, Cass. Civ., núm. 920.
- Sentencia de 5 de junio de 1971, Cass. Civ., núm. 1673.
- Sentencia de 13 de agosto de 1980, Cass. Civ., núm. 4229.
- Sentencia de 20 de diciembre de 1991, Cass. Civ., Sez. III, núm. 13778.
- Sentencia de 3 de agosto de 2000, Cass. Civ., Sez. III, núm. 10197.
- Sentencia de 25 de marzo de 2013, Cass. Civ. Sez. II, núm. 7464.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y NOTARIADO:

- 20 de octubre de 2003.
- 25 de junio de 2005.
- 24 de febrero de 2006.
- 28 de febrero de 2006.
- 18 de noviembre de 2006.
- 21 de febrero de 2007.
- 5 de noviembre de 2007.
- 20 de noviembre de 2007.
- 17 de marzo de 2009.
- 9 de junio de 2009.
- 27 de julio de 2010.
- 19 y 20 de agosto de 2010.
- 10 de enero de 2011.
- 9 de julio de 2011.
- 2 de septiembre de 2011.
- 8 de noviembre de 2011.
- 23 de octubre de 2012.
- 4 de abril de 2013.
- 27 de mayo de 2013.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ACHÓN BRUÑEN, M. J. (2014): «La problemática de iniciar un juicio monitorio del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal contra la herencia yacente o ignorados herederos del comunero fallecido». *Diario La Ley* [en línea], núm. 8268, Sección Doctrina, 11 de marzo de 2014, Año XXXV, Ref. D-78, disponible en <http://0-laleydigital.laley.es.biblio.url.edu>.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1994): *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 5.ª ed., Barcelona: Bosch.

— (2008): *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 9.ª ed., Madrid: Edisofer.

AZZARITI, G. (1990): *Le successioni e le donazioni*, 2ª ed., Napoli: Eugenio Marghieri.

- BALESTRA, L. (2009): «Artículo 470-518». En P. CENDON (a cargo de), *Commentario al Codice Civile*. artículos 456-712. Successioni legittime e testamentarie. Milano: Giuffrè, págs. 120-408.
- BUJOSA VADELL, L. (1995): *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- CALOGERO, M. (2006): «Artículo 460». En F. BUSNELLI (dir.) fundado da P. Schlesinger: *Commentario al Codice Civile*. Disposizioni generali sulle successioni. Milano: Giuffrè, págs. 177-235.
- CAVALAGLIO, L. (2009): «Artículo 484-511». En: E. GABRIELLI (dir.) *Commentario al Codice Civile*. Delle Successioni (a cargo de V. CUFFARO y F. DELFINI). Torino: Utet, págs. 270-295.
- CICU, A. (1961): *Successioni per causa di morte. Parte Generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*. 2.^a ed., Milano: Giuffrè.
- CORDON MORENO, F. (2011): «Comentario al artículo 6». En: F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J. MUERZA ESPARZA, I. TAPIA FERNANDEZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, 2.^a ed. Pamplona: Aranzadi, págs. 136-147.
- DE STEFANI, F. (2012): *L'eredità giacente*. Milano: Giuffrè.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011): *De La Herencia Yacente A La Aceptación Tácita. Reclamaciones Patrimoniales De Terceros*. Pamplona: Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A. (1978): *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 1.^a ed. Madrid: Tecnos.
- (1997): *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 6.^a ed. Madrid: Tecnos.
- FERRI, L. (1980): «Artículo 456-511». En: A. SCIALOJA E G. BRANCA. *Commentario del Codice Civile*. Libro Secondo. Delle Successioni, 2.^a ed., Bologna: Zanichelli, págs. 258-361.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2001): «Capacidad para ser parte, capacidad procesal y legitimación de la herencia yacente». *Tribunales de Justicia*. Diciembre, págs. 103-107.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1989): «Artículo 999». En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XIV, V. I, Artículos 988-1034 del Código Civil. Madrid: Revista de Derecho Privado, págs. 192-219.
- GROSSO, G. y BURDESE, A. (1977): *Le Successioni. Parte Generale*, Torino: Utet.
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (1995): *La herencia yacente*. [en línea], Barcelona: J. M. Bosch Editor. Accesible en: <http://0-vlex.com.catalog.uoc.edu/app?r=true#/sources/1151> [Acceso mayo de 2014].
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y ALBALADEJO, M. (1961): *Tratado teórico práctico de Derecho Civil, T.IV, Derecho de sucesiones. Parte general*, v. 1, Barcelona: Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1981): *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, Barcelona: Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2001): *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, [nueva ed. rev. y puesta al día por J. RAMS ALBESA], Madrid: Dykinson.
- LORCA NAVARRETE, A. M. (2000): «Comentario al artículo 6». En: A. M. LORCA NAVARRETE (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Valladolid: Lex Nova, págs. 110-128.
- MONJE BALMASEDA, O. (2001): *La herencia yacente*. Madrid: Dykinson.
- NATOLI, U. (1968): *La amministrazione dei beni ereditari, I, L'amministrazione durante il periodo antecedente all'accettazione dell'eredità*, 2.^a ed., Milan: Giuffrè.
- NERVI, A. (2009): «Artículo 459-461». En: E. Gabrielli (dir.) *Commentario al Codice Civile. Delle Successioni* (a cargo de V. CUFFARO y F. DELFINI). Torino: Utet, págs. 61-90.

- PARDO MUÑOZ, F. J. (2011): *Eficacia registral de las resoluciones judiciales dictadas en procesos civiles seguidos contra la herencia yacente, comunidad hereditaria o herederos desconocidos, ignorados o inciertos de una persona fallecida. RRD-GRN de 19 de agosto de 2010 y 10 de enero de 2011. Referencia a la hipoteca inversa*. Madrid: Colegio de Registradores.
- PUIG PEÑA, F. (1965): *Tratado de Derecho civil español*, t. V, *Sucesiones*, V. 3, *Relaciones sucesorias en particular*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- RAMOS MENDEZ, F. (1974): *La sucesión procesal. Estudios de los cambios de parte en el proceso*, Barcelona: Ed. Hispano Europea.
- ROCA SASTRE, R. M. (1981): «L'herència jacent. Construccions jurídiques sobre la seva utilitat». En: R. M^o. ROCA SASTRE (autor), *Estudios sobre sucesiones*, T. I, Madrid: Instituto de España, págs. 213 a 240.
- ROMERO COLOMA, A. M. (1997): En torno a la problemática de la herencia yacente. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Núm. 643, págs. 2217-2226.
- ROMERO NAVARRO, R. (2008): «Comentario al artículo 6». En: J. A. XIOL RÍOS (coord.), *Enjuiciamiento Civil. Comentarios y jurisprudencia*. Ley 1/2000, de 7 de enero, T. I. Madrid: Editorial Jurídica SEPIN, S. L. Págs. 145-157.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1997): *La herencia yacente: (vertientes personal y patrimonial)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SCHLESINGER, P. (1971): *Successioni (Diritto civile): Parte generale*. En: A. AZARA Y E. EULA (dir.), NN. D. I., XVIII, Torino: Utet, págs. 748-765.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (1992): *Derecho de sucesiones*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS:

¹ Para un resumen sobre los términos del debate clásico sobre este aspecto puede consultarse a HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, 1995, págs. 411-423 (accesible *on line* en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/herencia-yacente-1151>) y MONJE BALMASEDA, 2001, págs. 332-333.

² En su trabajo sobre tutela jurisdiccional de los intereses de grupo, incluye este autor a la herencia yacente entre los que denomina «grupo determinado no personalizado» y los describe como casos en los que «los tribunales han admitido la actuación de entes en el proceso, aunque no estuvieran constituidos como verdaderas personas jurídicas, siempre que tuvieran cierta organización, atribuyéndoles capacidad para ser parte —aunque no siempre—. En estos supuestos es precisa también la aplicación de la institución de la representación para obviar las dificultades que se plantean por la evidente ausencia de apariencia física en el ente».

³ Un estudio detallado de la jurisprudencia más antigua se encuentra en SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 1997, págs. 80 a 102. Como relevante se destaca la STS de 20 de septiembre de 1982. Como interesante, el repaso que hace la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21) en la sentencia de 5 de abril de 2011: «*La jurisprudencia, bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, superando su primitivo criterio de atribuir la titularidad de los bienes de la herencia yacente al causante suponiendo subsistente a dichos efectos su persona (TS: 5 de junio de 1861; 15 de marzo de 1881; 12 de febrero de 1885; 9 de junio de 1885), la conceptúa como una masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, y se atribuye capacidad para ser parte activa y pasiva en el proceso (TS: 21 de junio de 1943; 8 de mayo de 1953; 14 de mayo de 1971; 15 de junio de 1982; 16 de septiembre de 1985). Siendo una de las cuestiones de mayor interés práctico la de precisar las concretas personas a las que deberá de emplazarse cuando se demanda a la herencia yacente para que puedan defender los intereses de esta. A la que se ha dado adecuada respuesta por la jurisprudencia entendiéndola que los que tienen que ser emplazados son los llamados a la herencia en concepto de herederos*».

⁴ Siquiera de un modo reflejo, así resultaba ya desde el artículo 99 de la Compilación del Derecho Civil de Catalunya y se mantuvo en el artículo 8 del Código de Sucesiones, pues ambos preceptos incluían de una parte la aptitud del llamado a la herencia para entre otras actuaciones, interponer interdictos en defensa de la herencia y, de otra, la legitimación del administrador judicial que pueda nombrarse para representar a la herencia de acuerdo con lo establecido por las leyes procesales. En la actualidad, el artículo 411-9 CCCat, con una redacción distinta, mantiene esa titularidad de acciones posesorias a ejercitar por el heredero llamado que administre y también la previsión de que el administrador judicial represente a la herencia de acuerdo con la legislación procesal.

⁵ Como bien destacaba ROCA SASTRE (*Estudios sobre sucesiones*, T. I, pág. 240), «*aquest és el punt eminentement pràctic d'aquesta qüestió. En matèria d'herència jacent, els actes més freqüents són els embargaments i execucions contra els béns de la successió per deutes del causant. La situació d'herència jacent es produeix generalment en cas de successions carregades de deutes, a la qual circumstància es deu la jacència de l'herència o sigui el que els hereus no siguin molt diligents a acceptar*».

⁶ «En la LEC, la personalidad procesal no posee más ámbito de referencia que el que marca la propia LEC; por ello con la capacidad para ser parte o personalidad, el sujeto existe para el Derecho procesal. No para otro tipo de Derecho o ámbito del ordenamiento jurídico» (LORCA NAVARRETE, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, pág. 119).

⁷ Como destaca esta autora «en relación con la herencia yacente, si no plantea más dudas el reconocimiento de su capacidad procesal, antes jurisprudencial y ahora además, legal, sí constituye un verdadero problema el de su capacidad procesal» (se refiere, en realidad a su representación procesal), es decir, quien debe comparecer en juicio defendiendo su interés como ente sin personalidad, pues el artículo 7.5º LEC se remite a la ley (sustantiva) que determine quiénes son los que la administran, y ello en el Derecho civil no deja de ser una cuestión discutida, si el causante no nombró administrador o albacea universal o particular con facultades de administración y no se hubiera constituido tampoco una administración judicial.

⁸ «Porque, en tanto que ente abstracto, la herencia yacente necesita de una o varias personas físicas que constituyan el soporte o centro de imputación de todas sus actuaciones procesales» (GASCÓN INCHAUSTI, 2001, pág. 106).

⁹ Destaca la autora citada, entre esos problemas, tanto los relativos «al modo de plantear la demanda como a la forma de citación, sin olvidar las dificultades de ejecución de la sentencia estimatoria o los problemas de congruencia de la sentencia en relación con quienes fueron demandados».

¹⁰ A ello habrá que sumar, por otra parte, los inconvenientes más específicos que pueden presentar algunos tipos de proceso, como el monitorio, en el que por su carácter de procedimiento especial y privilegiado de cobro se complica aún más la puesta en acción frente a la herencia yacente, por más legitimación pasiva que en abstracto, le reconozca la LEC. Tras analizar las peculiaridades en este proceso, y particularmente en el monitorio del artículo 21 de la LPH, concluye ACHÓN BRUÑEN (2014, pág. 5), que «[l]a técnica monitoria resulta impropia para reclamar en los supuestos de irreal y ficticio requerimiento de pago», concluyendo, en armonía con lo que aquí se expone, que «solo se podrá tramitar un juicio monitorio frente a la herencia yacente e ignorados herederos del deudor y proceder al requerimiento de pago por edictos cuando tanto la comunidad como el juzgado realicen las averiguaciones pertinentes para localizar a los herederos con carácter previo a la comunicación edictal».

¹¹ Es ilustrativa al respecto la conocida STS de 14 de junio de 2006 (Id Cendoj: 28079110012006100653), en la que a instancia de la persona llamada como heredera y de la herencia yacente del demandado se rescinde la sentencia dictada en proceso iniciado y seguido contra la persona ya fallecida a sabiendas de esa circunstancia por la parte actora.

¹² Como bien sintetiza la SAP de Barcelona, sección 13.ª, de 27 de mayo de 2002, «la STS de 22 de julio de 1991 (seguida por muchas otras, y entre ellas las de 14 de mayo, 12 y 24 de noviembre de 1992, 18 de marzo y 7 de octubre de 1993, f), abre la tendencia según la cual la defectuosa determinación de las partes litisconsortes, en realidad «no afecta a la validez intrínseca de la validez procesal, sino a la inutilidad o infructuosidad

de la misma para conseguir la resolución de fondo planteada; en este sentido, su carencia constituye la falta de un presupuesto preliminar al fondo; deriva, pues, de la constatación de una *quaestio iuris*, a saber, la ineptitud jurídica del sujeto demandado para soporte (... exclusivamente.) con la calidad que se le atribuye, las consecuencias jurídicas que se pretenden... en tal caso «el defecto litisconsorcial puede ser corregido mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto puede utilizarse la comparecencia obligatoria del artículo 693 LEC, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación»... (con fundamento en los arts. 238 y sigs. LOPJ), dando oportunidad a las partes a que, al amparo del 693.3 LECiv 1881, expongan lo conveniente, antes de apreciarla de oficio».

¹³ Se refiere este autor al caso, por ejemplo, en el que se pretende interponer una demanda contra el último inscrito como titular registral de un inmueble cuando tal inscripción presenta una antigüedad suficiente para que haya fallecido pero no lo suficiente como para que ese fallecimiento sea indudable. Procede PARDO MUÑOZ a diseñar toda una estrategia procesal para realizar en estos casos el mayor número de comprobaciones posibles sobre la existencia del demandado y, de mantenerse serias dudas sobre ella, se averigüe si tiene o no herederos conocidos, testados o intestados y, en última instancia, se inicie el proceso contra el Estado o Comunidad Autónoma una vez cumplido el régimen administrativo sobre sucesión *ab intestato* de los entes públicos.

¹⁴ A diferencia de la posición mantenida por la DGRN que antes citaba y que veremos con detalle, que exige precisamente que cuando se ignore quienes son los llamados como herederos deba el juez nombrar un administrador judicial de la herencia yacente. Doctrina y jurisprudencia mantuvieron en otros tiempos una posición similar, negando que la herencia yacente pudiera ser demandada junto con los llamados a la herencia por no ser susceptible de personificación ni tener aquellos legitimación para representarla (así LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO, 1961, 1961, págs. 421-422, y Díez-Picazo, y GULLÓN BALLESTEROS, 1978, pág. 744). Los mismos autores, posteriormente, cambiaron su parecer, por no hallar justificación para semejante gravamen a los terceros titulares de derechos contra la herencia yacente y ser más conveniente facilitar el ejercicio de sus derechos frente al caudal relicto (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1981, pág. 49, ALBALADEJO GARCÍA, 1994, págs. 40-41, Díez-Picazo y GULLÓN BALLESTEROS, 1997, pág. 526).

¹⁵ A pesar de la claridad con que se pronuncia la LEC y lo que dice en general la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún existen, sin embargo, resquicios para negar la legitimación pasiva de la herencia yacente. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) de 31 de enero de 1994, que rechaza la legitimación pasiva de la herencia yacente por carecer esta de personalidad jurídica. Cabe intuir que el detalle del caso concreto justificaba que no fuese demandada, por existir ya herederos aceptantes y por eso haberse extinguido la situación de yacencia. Sin embargo, no es ese el preciso tenor literal de la sentencia, que resulta un tanto paradójica. Por motivos diversos, pero también negando la viabilidad de una demanda ejecutiva frente a la herencia yacente la SAP de Murcia (Sección 2.^a) en sentencia de 28 de junio de 2003, por no ser «*posible admitir identidad de naturaleza entre la herencia yacente y las entidades sin personalidad jurídica del artículo 544 de la LECiv*». De manera parecida, pero con referencia al proceso monitorio, se pronuncia la SAP de Barcelona, sección 19.^a, de 14 de enero de 2005, que afirma que «*este proceso privilegiado no está pensado para los casos en que el demandado es la herencia yacente o sus desconocidos herederos, a los que queda por acudir a la vía del juicio declarativo*».

¹⁶ Al margen del Estado, claro está. De no existir, cabe precisar que ya no hablaremos de herencia yacente sino de herencia vacante, motivo por el cual se legitima al Estado como destinatario último de los bienes relictos, siendo procedente, en tal caso, acudir al procedimiento legalmente regulado para la sucesión legítima del Estado (arts. 4 a 15 del Reglamento General de la ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas), o de la Comunidad Autónoma de que se trate.

¹⁷ Como reflexiona la interesante sentencia de la AP de Zaragoza de 20 de abril de 2009, lo que acontece en este momento no es necesariamente un supuesto de herencia

yacente, sino de desconocimiento de la fase o estadio en el que se encuentra el proceso sucesorio. Desarrolla un sólido argumento, que retomaremos, y que sirve para cuestionar el tratamiento homogéneo que la DGRN hizo entre los años 2003 y 2009 de todos los supuestos de desconocimiento (haya o no indeterminación de la titularidad) del destinatario de los bienes relictos.

¹⁸ En general, el actor deberá asumir el pago de las costas de los demandados absueltos, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 394 LEC, si bien cabe matizar, tal como hace la SAP de Valencia, sección 7.^a, de 16 de julio de 2007, que no cabe imponer las costas a la parte demandante cuando interpone una demanda frente a la herencia yacente y los llamados como herederos forzosos que, ante el emplazamiento, repudian la herencia, lo que determina la desestimación de la demanda frente a ellos. Entiende la sentencia que dado que en el momento de interponerse la demanda la condición de llamados como herederos forzosos los legitimaba pasivamente, el emplazamiento fue correcto y también la constitución de la relación jurídico procesal. A mi entender confunde a estos efectos la sentencia la corrección al demandar con estimación de la pretensión, pues a efectos de costas es lo segundo, y no lo primero, lo que determina con carácter general la imposición de costas al demandado.

¹⁹ Desde la conocida STS de 21 de junio de 1943, que solo de modo implícito se refería a esta cuestión, a las posteriores que claramente afirman que «el defecto de regulación en nuestro derecho de la herencia yacente, que no puede ser personificada a los fines de ser llamada al proceso, en la práctica se interpela a quienes “resulten ser herederos o se crean con derecho a la herencia” del causante, esto es, a la masa o comunidad de interesados a la que se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, según señaló la sentencia de esta Sala de 21 junio 1943» (STS, Sala Civil, de 10 de noviembre de 1981, de 20 de septiembre de 1982, de 12 de marzo de 1987, de 21 de mayo de 1991 y 11 de abril de 2000, SAP Burgos, Sección 2.^a, de 14 de julio de 1998, SAP Las Palmas, Sección 4.^a, de 15 de junio de 1999, SAP Almería, Sección 1.^a, de 15 de febrero de 2000, SAP Tarragona, Sección 1.^a, de 21 de marzo de 2000, SAP Palencia, de 31 de mayo de 2002, SAP Lleida, Sección, 2.^a, de 8 de abril de 2004, SAP Las Palmas, Sección 3.^a de 13 de abril de 2005 y Sección 5.^a, de 8 de abril de 2005 y la STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2005).

²⁰ Comentando la conocida STS de 12 de marzo de 1987 afirma sobre esta cuestión ROMERO COLOMA, A. M.; *«No existe diferencia entre el instituto civil que la literatura jurídica conoce con el nombre de herencia yacente y el colegio de herederos de una persona. Es evidente que la alusión personalista a estos últimos, con el antepuesto calificativo de ignorados, desconocidos o cualquier otro de equivalente significación, aunque carece de la carga o connotación patrimonialista que es inherente a dicho instituto jurídico, no es sino una forma de designar a aquellos que pueden comparecer en nombre de la herencia yacente»*, («En torno a la problemática de la herencia yacente», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 643, noviembre-diciembre 1997, pág. 2223).

²¹ Afirma la STS (Sala de lo Civil), de 11 de abril de 2000 que «la herencia yacente está dotada de personalidad jurídica especial como comunidad de intereses, que exige estar incorporada en la misma, por lo que no cabe ser entendida con separación absoluta de las personas llamadas a suceder, ya que los derechos y obligaciones del causante se transmiten desde su fallecimiento».

²² Así resulta, entre otras, en la STS (Sala de lo Civil), de 21 de mayo de 1991, y en las SAP de Badajoz, (sección 3.^a), de 12 de diciembre de 2003, SAP de Valencia (sección 7.^a), de 2 de febrero de 2001, SAP de Almería (sección 2.^a), de 21 de enero de 2000, SAP de Álava, sección 1.^a, de 20 de julio de 1998.

²³ Claramente se aprecia ese triplete en la STS (Sala de lo Civil), de 21 de mayo de 1991, refiriendo como correcta aquella demanda que incluye a los llamados a la herencia que son conocidos, como representantes de la herencia yacente, así como aquellos otros que pudieran creerse con derecho a la herencia. Aparecen por tanto, en dicha sentencia, los tres términos subjetivos en juego.

²⁴ Destaca la STS de 28 de julio de 2009 (Sala Civil, Sección 1.^a): «Una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta que permite la revisión de la sentencia es aquella

en que incurre quien ejercita una acción judicial cuando oculta el domicilio de la persona contra la que estaba dirigida, alegando que lo desconoce para interesar que se le emplace por edictos y se sustancie el procedimiento en rebeldía (STS de 14 mayo 2003, 9 de mayo de 2007 procedimiento de revisión núm. 4/2005, 6 de septiembre de 2007, procedimiento de revisión núm. 56/2005). Esta causa de revisión ha sido relacionada por la jurisprudencia con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el carácter subsidiario que, según la jurisprudencia constitucional, debe tener el emplazamiento o citación por edictos, de tal manera que solo cabe acudir a él como última solución cuando no se conoce el domicilio de la persona que deba ser notificada o se ignora su paradero por haber mudado de habitación (arts. 269 y 1576 LEC)». Aprecian la existencia de maquinaciones fraudulentas las SSTS, Sala de lo Civil, 15 de noviembre de 1988, 25 de junio de 1990, 4 de noviembre de 1991, 27 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1995, de 29 de junio de 1998, 14 de mayo de 2001, 28 de julio de 2009, 17 de marzo de 2010.

²⁵ STSJ Madrid, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 1997.

²⁶ Valga como resumen de la preocupación de nuestra jurisprudencia por los intereses legítimos de los terceros relacionados con la herencia yacente la síntesis realizada en su momento por la AP de Las Palmas, sección 3.ª, en sentencia de 13 de abril de 2005: «desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación del llamado a ser heredero, los bienes, derechos y obligaciones del causante se encuentran en una especial situación que comúnmente se viene denominando “herencia yacente”, admitiéndose en la práctica del foro la posibilidad de dirigir contra la misma cualquier clase de procedimiento en conjunción con la llamada al proceso de los herederos afectados por tal latente estado, y ello por cuanto que mientras la herencia continúa yacente se ignora contra quién o quiénes concretamente debe dirigirse la acción en concepto de herederos (TS SS 20 de septiembre de 1982 y 12 de marzo de 1987). Cabe citar al respecto, entre otras, la sentencia de 21 de marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Tarragona, que afirma que en cuanto la herencia yacente supone la existencia de un período de tiempo en el que los bienes, derechos y obligaciones que correspondían al causante carecen de titular actual ante la posibilidad de que se extingan los créditos y deudas y los derechos reales limitativos y que los restantes bienes relictos quedasen «nullius», correspondiendo los inmuebles al Estado y los muebles al primer ocupante, frente a ello decimos, todas las relaciones jurídicas transmisibles del causante se mantienen vigentes y válidas como si el causante aún siguiera vivo acudiendo para ello a la teoría de la ficción u otros configurándolo como entidad jurídica especial, así el ordenamiento permite la ausencia de un sujeto actual, durante un tiempo, en atención a que tal sujeto existirá luego y cubrirá con su titularidad, dado el efecto retroactivo de la aceptación, todo el período de yacencia desde el fallecimiento del causante. Cuando no haya una administración regularmente constituida, la doctrina y la jurisprudencia entienden que, ante todo, deben de satisfacerse los legítimos intereses de terceros y que deberán ser admitidas las demandas dirigidas contra la herencia yacente y los llamados a ella, aun cuando en rigor ni el causante viva, ni los herederos la hayan aceptado. En la misma línea se pronuncian las sentencias de Burgos de 14 de julio de 1998 y AP de Almería de 15 de febrero de 2000».

²⁷ En armonía con la doctrina claramente fijada por el Tribunal Constitucional sobre citaciones y emplazamientos en general y, en particular, a la herencia yacente en la STC 185/2001 de 17 de septiembre.

²⁸ A este respecto establece la STS de 3 de marzo de 2011 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) que no cabe argumentar sin más por parte del actor que al ser la herencia yacente una masa patrimonial no es posible la localización del demandado, «pues aunque sea una masa patrimonial, se ha de intentar la localización de quien pueda ostentar su representación en juicio.

²⁹ STS, Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 28 de julio de 2009 y en el mismo sentido, sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1.ª, de 3 de marzo de 2011.

³⁰ Y, en todo caso, se considera que existe tal infracción si no intenta al menos la notificación en el último domicilio conocido del causante, tal como expone la STC185/2001.

³¹ Mención aparte merece el supuesto resuelto en la STS de 15 de noviembre de 1988. El TS declara la nulidad de un proceso ejecutivo desde el requerimiento de pago por ser conocido que el deudor había fallecido años atrás de la demanda, no obstante no apreciar maquinación fraudulenta en la parte actora, pero sí flagrante mala fe en los adjudicatarios

del bien en subasta, concedores de la identidad de los herederos del deudor demandado al haber adquirido años atrás la finca vecina a la adjudicada. En una sentencia, cuanto menos curiosa, el TS anula el proceso ejecutivo, incluido el embargo, apremio, cesión del remate, escritura de compraventa e inscripción en el Registro de la Propiedad.

³² Y en armonía con ello la SAP de Valencia, (sección 9.^a), de 25 de enero de 2001, estima que es preferible al emplazamiento edictal, para dar a conocer el proceso y sus circunstancias a otros llamados (concretamente descendientes de los que han repudiado), el emplazamiento personal inicialmente realizado a los herederos que han repudiado por residir unos y otros en el mismo domicilio.

³³ Las sentencias más recientes sobre esta cuestión (28 de julio de 2009 y 17 de marzo de 2010) insisten en este límite a la obligación del demandante o, más bien, esta especie de compensación de culpas cuando ambos han sido negligentes. Como ejemplo concreto, el resuelto por la SAP de Girona, sección 2.^a, el 17 de abril de 1998. En el caso se demandaba a una sociedad junto con la herencia yacente de un codemandado citado por edictos. A ello se opuso la sociedad demandada alegando indefensión de los herederos por no haber sido emplazados en el domicilio del fallecido personalmente. En la Sentencia se resuelve desestimando tal alegato no solo por falta de legitimación, sino también por darse la circunstancia de ser el domicilio del fallecido el mismo que el de la sociedad codemandada y los socios partícipes de la misma parientes evidentes del fallecido, de donde concluye la Audiencia que la falta de personación en el proceso por parte de los ignorados herederos solo a ellos es imputable.

³⁴ Ácidas porque bien podría criticarse la liviandad con que se niega la posible falta de diligencia de la Congregación religiosa, al afirmar que prescinde de leer un burofax (documento que, por cierto, no llega en sobre cerrado), cuando constata que su destinataria es la difunta, y considera que no es de su incumbencia a pesar de ser su heredera. Sin perjuicio de los limitados conocimientos legales que en la Congregación pudieran tenerse, no es excusable que quien asume la posición de heredero, aun ignorando la precisa configuración legal que tiene, descuide así los intereses de su causante que, dicho sea de paso, son los propios.

³⁵ Cuanto menos sorprendente resulta, visto lo expuesto, la situación resuelta por la SAP de Girona, sección 1.^a, en auto de fecha 29 de marzo de 2012. Resultaba en el caso que se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora, pues al demandar a la herencia yacente de un fallecido solicitaba fuesen emplazados los ignorados herederos en el último domicilio del fallecido, y se expidiera mandamiento a un notario para que diese a conocer la identidad de los herederos incluidos en el testamento ante él otorgado, denegando tal práctica el juzgado e inadmitiendo la demanda por no haberse aportado un domicilio fehaciente del demandado ni sus datos de identidad personal. La AP de Girona revoca el auto de inadmisión, declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del actor y ordena dar trámite a la demanda contra la herencia yacente.

³⁶ Que dicho sea de paso, es el único sujeto con derechos sucesorios al que la jurisprudencia exige de llamamiento junto con la herencia yacente (SAP de Madrid, sección 19.^a, de 22 de marzo de 2000). Admite su legitimación pasiva como interesado en la herencia cuando los llamados sean desconocidos la SAP de Cádiz (sección 5.^a), de 20 de octubre de 2009.

³⁷ Trata de clarificar el alcance de esta obligación la SAP de Barcelona (sección 4.^a), de 16 de junio de 2011, al afirmar que «El artículo 791 LEC establece las disposiciones oportunas para el caso de que una persona fallezca sin constancia de testamento ni parientes a fin de averiguar quién puede estar llamado a la herencia. No se trata ahora de remitir a ese procedimiento, pero sí de apurar la necesaria investigación previa a la utilización del llamamiento edictal llevando a cabo los actos indagatorios previstos en ese precepto para intentar averiguar quién puede representar los intereses de la herencia yacente. Una vez realizada esa investigación, se estará en el caso de considerar apurada la investigación previa al llamamiento por edictos».

³⁸ Salvo que sea viable una ampliación de la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 420 LEC. Con carácter excepcional, también, en algún caso ha dado la jurisprudencia menor validez a la reclamación dirigida exclusivamente frente a uno de los llamados, al considerarlo administrador de la herencia yacente. Es el caso de la SAP de Tarragona, sección 1.^a, de 21 de marzo de 2000. En el caso no existían datos que invitasen a pensar

que el demandado tenía poderes concedidos por parte de otros posibles llamados a la herencia, pero sí que su comportamiento al administrar los bienes de la herencia podría ser constitutivo de una aceptación tácita, de donde resultaría legitimado individualmente frente a reclamaciones de deudas, en tanto que el artículo 1084 CCE establece la solidaridad deudora, pero no como representante de la comunidad hereditaria (STS de 7 de abril de 1992): En Cataluña, sin embargo, se admite tal legitimación individual en representación de la herencia yacente sin problemas. En el mismo sentido, considerando legitimada como representante de la herencia yacente a una de las llamadas como heredera, la SAP de Asturias, sección 5.ª, de 21 de febrero de 2003.

³⁹ En este sentido es claro el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en sentencia de 7 de abril de 1992.

⁴⁰ Así lo estiman, entre otras, las SSAP de Valencia, sección 7.ª, de 2 de febrero y de 30 de diciembre de 2000, de 2000 y la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 20 de junio de 2002, que aprecian falta de litisconsorcio pasivo necesario por no incluirse a la herencia yacente en la demanda, y dirigir la acción únicamente frente a alguno de los llamados a la herencia.

⁴¹ Ese es el argumento de la SAP de Madrid, sección 21.ª, de 5 de abril de 2011, en la que se aprecia falta de legitimación pasiva de la llamada como heredera, al haber sido dirigida la acción única y exclusivamente frente a ella. Aprecia también falta de legitimación pasiva en la llamada a la herencia la SAP de Barcelona, sección 15.ª, de 27 de julio de 2011, y la misma AP de Barcelona, sección 16.ª, de 29 de octubre de 2003, aprecia falta de legitimación pasiva en un caso de demanda nominativa a los supuestos herederos que no han aceptado (ni repudiado), y se retrotraen las actuaciones al momento de la audiencia previa para que se emplace formalmente a la herencia yacente. En el mismo sentido la SAP Almería, sección 2.ª, de 21 de enero de 2000.

⁴² Interesante por su tono discordante a estos efectos resulta la SAP de Valencia, (sección 9.ª), de 25 de enero de 2001, que aprecia la falta de legitimación pasiva de los llamados en primer lugar, que habían sido demandados como representantes de la herencia yacente, al haber repudiado la herencia los mismos, si bien mantiene la condena de dicha herencia yacente y estima suficientemente protegidos los intereses de los llamados de orden sucesivo en cuanto a su conocimiento de la reclamación frente a la herencia yacente, por ser los mismos residentes en el mismo domicilio que los inicialmente demandados.

⁴³ Destaca DÍAZ MARTÍNEZ, a partir de lo resuelto en las SSTS, Sala de lo Civil, de 27 de junio de 2000 y de 31 de mayo de 2006, que no hay aceptación tácita en la conducta totalmente pasiva de no comparecer ni alegar ser heredero, así como tampoco en la simple recepción de notificaciones por parte de los llamados como herederos en una ejecución hipotecaria contra inmuebles de la herencia, al exigir la aceptación tácita «actos positivos», por lo que «el mero silencio nunca puede ser conceptualizado como tal».

⁴⁴ Claramente lo establecen así las SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 12 de julio de 2006 y 27 de junio de 2000, al estimar que el llamado a la herencia que comparece y se opone al fondo de la demanda está aceptando tácitamente. Con el mismo parecer, las sentencias de la SAP de Madrid, sección 11.ª, 23 de diciembre de 2010, SAP de Madrid, sección 13.ª, 23 de enero de 2009, SAP de Madrid, sección 9.ª, de 10 de febrero de 2009, SAP de Barcelona, sección 4.ª, de 29 de abril de 2009, SAP de Sevilla, sección 9.ª, de 30 de abril de 2009, SAP Barcelona, sección 16.ª, de 29 de octubre de 2003 y SAP Sevilla, sección 5.ª, de 6 de marzo de 2000.

⁴⁵ DÍAZ MARTÍNEZ rechaza la viabilidad de esta actuación del llamado como representante del resto de llamados, sea demandado personalmente o lo sea en calidad de representante de la herencia yacente, salvo, claro está, que tenga conferida esa cualidad por los demás llamados.

⁴⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ propone aplicar a la comunidad de llamados a la herencia las normas sobre comunidad hereditaria y, con ello, entender que cuando se ejerciten acciones reales deberán ser demandados todos los llamados mientras que cuando se ejerciten acciones personales bastara con demandar a uno de los llamados, al aplicarse como pauta la responsabilidad solidaria que por deudas de la herencia tienen los coherederos.

⁴⁷ Niega tradicionalmente la mayoría de la doctrina que tenga el llamado facultades de representación de la herencia yacente y, con ello, que tenga potestades de figurar en

nombre de la herencia o y los demás llamados en un proceso judicial. Así, GITRAMA GONZALEZ, 1989, pág. 204, LACRUZ BERDEJO y ALBALADEJO GARCÍA, 1961, pág. 420, y posteriormente LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil V, Sucesiones*, [nueva ed. rev. y puesta al día por RAMS ALBESA, J.], Madrid, 2001, pág. 33, y ALBALADEJO GARCIA, 1994 y 2008, págs. 40-41, VALPUESTA FERNÁNDEZ, 1992, págs. 524-525, y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, 1995, edición on line accesible en <http://0-laleydigital.laley.es.biblio.url.edu>. Opinan en contra, sin embargo, PUIG PEÑA, 1965, págs. 378-385 y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, 1997, págs. 399-402.

⁴⁸ La autora menciona, por ejemplo, la oposición a una demanda de recobrar la posesión, o incluso la oposición a una acción reivindicatoria o declarativa de dominio respecto de un bien incluido en el caudal relicto. A los anteriores ejemplos añadido, por ejemplo, la oposición de la prescripción de la pretensión ejercitada, o la excepción de haberse consumado la usucapión, pues actuando tal forma de adquisición de modo automático no realiza el llamado con tal alegación ningún acto de alteración del patrimonio relicto, sino solamente conserva lo ya adquirido.

⁴⁹ «[S]i è ripetutamente sottolineato che la scelta legislativa di individuare nel chiamato il soggetto incaricato della gestione interinale della massa ereditaria si giustifica in ragione della sua posizione di prossimità rispetto al perfezionamento della vicenda successoria, in quanto il chiamato è il candidato probabile a assumere la veste di erede e, dunque, di successore del *de cuius*».

⁵⁰ El Derecho italiano prevé dos regímenes de aceptación diversos en función de si el llamado es o no poseedor de los bienes, bajo la justificación, entiendo, de que el poseedor tiene una mayor determinación e interés en aceptar la herencia, y no se pronuncia inmediatamente para confirmar su decisión y valorar si acepta pura y simplemente o no. En armonía con ello contempla el artículo 485 un plazo máximo para llevar a cabo los actos de gestión previstos en el artículo 460, y parcialmente el artículo 486. Ese plazo, aun fraccionado hasta en tres lapsos temporales, no puede ir más allá de un total de seis meses y cuarenta días. Pasado ese periodo, el heredero debe aceptar o repudiar, so pena de ser considerado heredero puro y simple. El llamado no poseedor tiene como límite temporal para decidir si acepta o repudia el de diez años previsto por el artículo 480, si bien el artículo 481 añade la posibilidad de la *interrogatio in iure*. Si el llamado no manifiesta su voluntad en el plazo judicialmente establecido, se entiende, como en el Derecho catalán, repudiada la herencia.

⁵¹ A partir de una jurisprudencia un tanto ambigua, discute la doctrina italiana si la previsión del artículo 486 sobre legitimación procesal del llamado a la herencia es aplicable a todo llamado o solo a aquellos que han entrado en posesión de los bienes de la herencia, al remitirse en parte el artículo 486 al precepto precedente, que limita su ámbito de aplicación al llamado poseedor de los bienes. De una parte, defienden algunos autores que la literalidad del precepto no deja ir más allá y, por tanto, si un llamado no poseedor asume la defensa pasiva de la herencia lleva a cabo un acto que excede de los límites fijados por el artículo 460, por lo que realizará con ello un acto de aceptación tácita de la herencia (CICU, 1961, págs. 142-143, SCHLESINGER, 1971, pág. 756, GROSSO y BURDESE, 1977, pág. 156; AZZARITI, 1990, pág. 115, BALESTRA 2009, págs. 259-261, DE STEFANI, 2012, pág. 18), añadiendo NATOLI (1968, pág. 119) que falta además en esta actuación el componente de urgencia que exige el artículo 460 para la administración por parte del llamado no poseedor. En apoyo de esa interpretación, diversas sentencias de la Corte de Cassazione (Cass. civ. Sez. III, 3 de agosto de 2000, núm. 10197, Cass. Civ. 13 de agosto de 1980, núm. 4229, o Cass. 7 de marzo de 1977, núm. 920). En sentido contrario se afirma que si la defensa procesal realizada por el llamado poseedor de los bienes de la herencia no comporta aceptación para este, con menor motivo podrá afirmarse que el llamado no poseedor ha aceptado la herencia al representar a la herencia yacente (FERRI, 1980, pág. 135, CAVALAGLIO, 2009, pág. 277). En apoyo de esta interpretación, la jurisprudencia más reciente: así, la sentencia de 25 de marzo de 2013 (Cass. civ. Sez. II, Sent., 25 de marzo de 2013, núm. 7464 «in tale formula deve comprendersi anche il chiamato all'eredità che non abbia ancora accettato e la cui legittimazione deriva sia dall' artículo 460 del Código Civil (che, come norma di carattere generale sulla disciplina del potere del chiamato alla eredità prima dell'accettazione, autorizza il chiamato, che si trovi o non nel possesso dei beni ereditari, a compiere atti conservativi e lo legittima alla difesa processuale del patrimonio ereditario) sia - trattandosi

di eredità devoluta a minori - dall'articolo 486 del Código Civil che prevede esplicitamente la legittimazione del chiamato, prima dell'accettazione, a stare in giudizio quale convenuto per rappresentare la eredità (cfr. Cass. 5/6/1971 núm. 1673)». En el mismo sentido, pero con menor contundencia, la sentencia de Casación de 20 de diciembre de 1991 (Cass. civ. Sez. III, 20 de diciembre de 1991, núm. 13778).

⁵² En palabras de FERRI, el llamado no tiene deber de administrar y cuidar la herencia, lo que excluye que pueda ser considerado un administrador: al no tener deber, no responde si no administra los bienes y no lo vigila, «insomma egli può disinteressarsi dell'eredità nella maniera più assoluta, senza che alcuno possa fargliene carico». En contra, sin embargo, NATOLI, 1968, pág. 109, págs. 115-127), si bien el propio autor reconoce la dificultad, en el Código civil italiano en vigor, de mantener esa afirmación sobre el carácter técnico y obligatorio de la administración del llamado a la herencia.

⁵³ Para NATOLI es precisamente la legitimación procesal del llamado uno de los elementos reveladores de la naturaleza técnica de la administración que lleva a cabo el llamado a la herencia.

⁵⁴ En el anterior artículo 8 del Codi de Successions se empleaba el término «vigilancia», quizá por influencia del artículo 460 del Código Civil italiano. El CCCat se sustituye por el más técnico de defensa.

⁵⁵ Así lo dice expresamente el número 1 del artículo 411-9 CCCat.

⁵⁶ Si bien sin las dudas del ordenamiento italiano sobre el régimen aplicable al llamado no poseedor.

⁵⁷ Seguirá, no obstante, legitimado individualmente para la defensa de los bienes de la herencia, según dispone el artículo 463-4.3 CCCat en sede de comunidad hereditaria.

⁵⁸ Del mismo parecer la SAP de Barcelona, sección 16, 26 de julio de 2006, que rotundamente niega que «esa condena es condicional, es decir, que solo surtirá efecto en la medida en que los herederos de Germán acepten pura y simplemente la herencia. Las condenas condicionales en los términos expuestos no caben en la ley procesal civil (arts. 218.1 y 399.1 LEC), sin perjuicio de la trascendencia que esa hipotética aceptación de la herencia pueda tener en un eventual proceso de ejecución que instara el acreedor Juan Antonio contra los sucesores del obligado primitivo al amparo del artículo 540 LEC».

⁵⁹ El planteamiento de esta cuestión se deriva de una innecesariamente confusa sentencia de la AP de Asturias, sección 5.^a, de 28 de junio de 2001. En la misma se confirmaba como correcta una imprecisa condena dictada en primera instancia, en la que se condenaba a los herederos «para el caso de que llegaren a aceptar la herencia». Si bien la lectura completa de la resolución deja claro que la Audiencia en realidad refiere la condena a la herencia yacente, («en efecto la condena únicamente pudiera darse frente a la herencia yacente, ante la ausencia por el momento de persona a quien pudiera atribuirse la cualidad de heredero con los efectos de la transmisión del patrimonio del causante»), la admisión como equivalente a la condena de la herencia yacente de la condena referida a los herederos para el caso de que acepten, por considerarla operativa, lejos de ser operativa resulta equívoca, pues obliga a quien deba ejecutar esa sentencia a hacer el esfuerzo de acreditar si el heredero ha aceptado o no y, tal como está redactado el fallo, impediría la ejecución frente a la herencia yacente. Si bien la lectura del cuerpo de la sentencia podría servir para dar cauce a esa ampliación del fallo condenatorio, exigirá una labor de interpretación poco deseable cuando de una ejecución de sentencia se trata.

⁶⁰ Fuertemente criticada por los autores que la han analizado. Entre otros, DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, págs. 41-43, y, sobre todo, PARDO MUÑOZ, 2011, pág. 12 y sobre todo págs. 65-86.

⁶¹ Como sintetiza DÍAZ MARTÍNEZ, 2011, págs. 41-42, la negación del acceso al Registro de la Propiedad por este motivo ha impedido la inscripción registral de «escrituras de elevación a público de documentos privados de compraventa otorgados por la autoridad judicial en sustitución de la parte demandada (herencia yacente y herederos desconocidos, ignorados o inciertos del vendedor fallecido), declarada en rebeldía, la inscripción de sentencias estimatorias de acciones reales sobre inmuebles ejercitadas por terceros, la práctica de anotaciones preventivas de demanda o de embargo sobre bienes de la herencia yacente o incluso la inscripción de la escritura particional de una herencia».

⁶² En palabras casi idénticas reiteran este argumento las Resoluciones de la DGRN de 20 de octubre de 2003, 25 de junio de 2005, 24 de febrero de 2006, 28 de febrero y 18 de noviembre de 2006, 21 de febrero, 5 y 20 de noviembre de 2007 y 17 de marzo de 2009.

⁶³ De acuerdo con el autor, tales problemas quedan superados, primero, al prescindir el artículo 20.4 (actualmente párrafo tercero) LH de la previa inscripción a favor de mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que actúen en representación; segundo; al superar el artículo 20.5 (actualmente art. 20 núm. 3) LH el problema de las ventas judiciales de inmuebles de la herencia yacente, por no requerirse la previa inscripción a favor de los herederos; tercero, al contemplarse un régimen similar en el artículo 166.1 RH cuando se trate de anotar un embargo sobre inmuebles de la herencia.

⁶⁴ Destaca este autor como el Centro Directivo de Registros y Notariado «advera un exceso en la función calificadora del Registrador de la Propiedad y, de otro, se funda en el incumplimiento por el Juez de unas supuestas previsiones legales que, en realidad, no existen.

⁶⁵ SAP de Zaragoza, sección 4.^a, de 20 de abril de 2009.

⁶⁶ Los casos en que quepa apreciar que aun agotados los medios racionales de localización se ha producido una indefensión serán siempre situaciones excepcionales que, por eso mismo, no cabe sean tratadas como norma habitual, siendo más razonable y eficiente prever soluciones específicas para cuando así sea, en lugar de considerar hipotéticos casos de indefensión a todos los que habitualmente no lo son. Por ejemplo, cuando se descubra que el posible heredero es una persona menor o incapaz, pero aun no incapacitada, y que carece de representación legal. Como situación especial también, ya legalmente prevista como tal, la que se genera cuando agotadas las vías de localización de herederos testados e intestados resulta que el probable heredero deba ser el Estado. En tal caso, amén de citarlo como destinatario de los bienes relictos y por ello parte interesada en el proceso, debe procederse al nombramiento de administrador judicial, tal como regula el artículo 791.2.2º LEC. Para tales casos, además, y tal como apunta PARDO MUÑOZ (2011, págs. 94-95), resultará práctico iniciar el proceso recurriendo a las diligencias preliminares del artículo 256.1.1º de la LEC, en virtud de las cuales se pedirá al Estado u Organismo autonómico que corresponda, que declare sobre su propia legitimación como posible heredero intestado.

⁶⁷ RRDGRN de 27 de julio, 19 y 20 de agosto de 2010, 10 de enero, 9 de julio, 2 de septiembre, 8 de noviembre de 2011, 23 de octubre de 2012 y 4 de abril de 2013. Mantiene, no obstante, su exigencia de que se nombre un administrador judicial de la herencia en los casos en que la acción ha sido dirigida exclusivamente contra la herencia yacente y los ignorados herederos (RRDGRN de 27 de mayo de 2013, de 2 de septiembre y 10 de enero de 2011, entre otras).

⁶⁸ No acaba de ser evidente el porqué de la relajación de la doctrina registral en este supuesto y no en otros si bien es posible que se trate del comienzo de un cambio progresivo. En cuanto a esta categoría de supuestos, sobre reclamaciones por deudas del propietario de un piso frente a la Comunidad de propietarios, bien está considerar que será deudor en cada momento quien sea propietario del bien, y que responderá en todo caso el inmueble de las deudas devengadas por gastos de la comunidad en la parte vencida de la anualidad en curso y de la inmediatamente anterior. Pero eso no bastará para justificar que en tal caso no se apliquen las mismas cautelas que en otros casos en que a raíz de un proceso contra los ignorados herederos de un sujeto se ordena una anotación preventiva o una inscripción sobre algún bien del titular registral fallecido. Sobre todo porque si de lo que se trata es de garantizar que los causahabientes del titular registral hayan podido intervenir en el proceso relativo a ese inmueble la misma garantía requerirá uno que sea responsable por deudas por gastos debidos a la comunidad de propietarios como el que lo sea por otro tipo de deudas. En estos casos, ciertamente, se goza de total seguridad sobre el destinatario de tales deudas o, más bien, de la responsabilidad derivada de las mismas. No obstante, existe la misma incertidumbre que en otros casos sobre las posibles excepciones al pago que pudiera oponer el obligado a ello y, concretamente, el titular registral, en este caso, la herencia yacente. Puestos a ser garantistas, la misma protección deberían recibir los ignorados herederos en este caso que en los demás casos en que se viene exigiendo la presencia de un administrador judicial. Una cosa es que sea secundario determinar la identidad concreta del deudor, pues lo será quien sea propietario del inmueble. Otra muy distinta, que pudiera confundirse eso con la imposibilidad de cuestionar la deuda en su propia existencia o cuantía, posibilidad que siempre tendrá el obligado al pago, sea quien sea.

1.7. CONCURSAL

La muerte del concursado y la responsabilidad del heredero

Death of the insolvent debtor and liability of the heirs

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El fenómeno sucesorio puede entrar en contacto con la normativa concursal en caso de que se declare el concurso de la herencia o bien en el caso de muerte o declaración de fallecimiento del concursado. En el presente artículo la autora analiza los efectos de la aceptación de la herencia y la responsabilidad del heredero en el Código Civil español, como punto de partida para el estudio de los preceptos que la LC dedica al concurso de la herencia y, en especial, al fallecimiento del concursado, concluyendo que parece razonable una interpretación del artículo 182 LC literal y autónoma del artículo 1.2 y 3.4 LC, que permita continuar el concurso del causante como concurso de la herencia indivisa, incluso en caso de aceptación pura y simple de la misma, produciéndose los efectos de esta en un momento posterior, tras la conclusión de dicho concurso, dando lugar, en su caso, al concurso del heredero. De este modo, se respetarían las normas del Código Civil de las que puede deducirse una separación automática del patrimonio hereditario del patrimonio del heredero, tras la aceptación, en beneficio de los acreedores de la herencia, que tendrían una preferencia de cobro sobre el caudal relicto (graduada entre ellos según la prelación de la LC), sobre los acreedores del heredero.

ABSTRACT: *Probate and bankruptcy laws may converge in the event of the bankruptcy of the estate or the death or declaration of death of the insolvent debtor. The author of this article analyses the effects of the acceptance of inheritance and the heir's liability under the Spanish Civil Code, this being the starting point for a study of the bankruptcy provisions under the Bankruptcy Act (LC) and, in particular, the death of the insolvent debtor; it is concluded that a literal and independent interpretation of artículo 182 LC as regards artículo 1.2 and 3.4 LC seems reasonable to enable the bankruptcy of the deceased to continue as that of the undivided estate, even in the case of outright acceptance thereof, producing its effects at a later date, after completion of the bankruptcy proceedings, leading, where appropriate, to the bankruptcy of the heir. Thus, the provisions of the Civil Code would apply, whereby the assets of the estate and those of the heir are automatically separated after acceptance, for the benefit of the creditors of the estate, who would have pre-emptive rights for collecting payment from the remnant estate (ranked according to the priority set by the Bankruptcy Act) over the creditors of the heir.*

PALABRAS CLAVE: Concurso. Fallecimiento del concursado. Aceptación de la herencia. Separación de patrimonios

KEYWORDS: Bankruptcy, death of the insolvent debtor, acceptance of inheritance, separation of assets

SUMARIO: I. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA. LA CUESTIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO EN EL DERECHO ESPAÑOL.—II. FENÓMENO SUCESORIO Y CONCURSO DE ACREEDORES.—III. PRECEPTOS DE LA LEY CONCURSAL RELATIVOS AL CONCURSO DE ACREEDORES DEL CAUSANTE DE UNA HERENCIA.—IV. LA CONTINUACIÓN DEL CONCURSO DEL CAUSANTE COMO CONCURSO DE LA HERENCIA.—V. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA CAUSADA POR EL CONCURSADO FALLECIDO. 1. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO. 2. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA PURA Y SIMPLEMENTE.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. EFECTOS DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA. LA CUESTIÓN DE LA SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS. LA RESPONSABILIDAD DEL HEREDERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

Como consecuencia de la aceptación de la herencia, el llamado a quien se hizo la delación se convierte en heredero, subrogándose en la posición del causante, cuyo puesto pasa a ocupar. Ello tiene como consecuencia que se convierte en sujeto activo y pasivo de las relaciones jurídicas de que fuera titular el causante, asumiéndolas tal cual estaban en manos de aquel. Lo que se expresa con una máxima del Digesto: el heredero tiene el mismo poder y derecho que el difunto (D. 50, 17, 59). Los actos que realizó en vida el causante pasan a ser como si los hubiese llevado a cabo su heredero, y ello se expresa diciendo que devienen actos propios del heredero, vinculándole, como vinculaban a su autor. Si bien la herencia puede ser transferida (venta o donación de la herencia)¹, la condición de heredero no se transfiere. *La cuestión que se plantea es si al aceptar la herencia, el patrimonio hereditario que ha adquirido el heredero permanece como separado o diferenciado de su patrimonio personal, o bien se produce confusión de patrimonios.* En opinión de autores como ALBALADEJO (a quien seguimos en esta exposición, ALBALADEJO, 1997, 108-111), tal separación es automática, de manera que no hace falta obtener el beneficio de inventario (art. 1023 CC) para que la haya. La hay también aunque se haya aceptado pura y simplemente. De manera que para lo que sirve el beneficio de inventario es solo para *limitar la responsabilidad del heredero*. Se trata de que en beneficio de los acreedores del caudal hereditario y de los legatarios todo ocurre como si ambos patrimonios conservasen su autonomía; o sea, las cosas pasarían como si subsistiese la situación anterior a la sucesión, hasta que satisfechos los derechos de los acreedores del difunto y de los legatarios contra el caudal hereditario, el remanente de este pasase a refundirse con el patrimonio personal del heredero.

Otros autores piensan que patrimonio hereditario y patrimonio del heredero se confunden desde que la sucesión se produce, si hay aceptación de la herencia pura y simplemente, *pasando a responder indiferenciadamente y por igual con el activo total del pasivo total, produciéndose solo la separación de patrimonios en caso de aceptación a beneficio de inventario.* Así, por ejemplo, Díez-Picazo (Díez-Picazo, 2006, págs. 489-502)². Pero, señala ALBALADEJO, la tesis de la separación

automática tiene a su favor la jurisprudencia más específica y la doctrina actual [si bien esta no es unánime] y se basaría en la tradición histórica [Digesto]; en que antes es pagar que heredar; y en que la garantía que tenían los acreedores del difunto en el patrimonio de su deudor según el artículo 1911 del Código Civil no se puede ver mermada por el hecho de que el deudor muera y vaya la herencia a manos de un heredero cargado de deudas. Si los bienes del causante respondiesen indiferenciadamente frente a los acreedores del heredero, sin que sobre ellos tuviesen preferencia los acreedores del difunto, la garantía patrimonial universal de que estos disponían se mermaría. En conclusión, *en virtud de la separación de patrimonios, los acreedores de la herencia, primero, y después los legatarios, tienen preferencia sobre los acreedores personales del heredero para satisfacer sus créditos sobre los bienes hereditarios*. Es lógico que ello sea así, pues: 1º. Los bienes del difunto deben destinarse primero a pagar sus deudas. 2º. Una vez cubiertas las deudas, pueden pagarse los legados instituidos por el causante (*nemo liberalis nisi liberatus*). 3º. Los herederos solo tienen derecho a percibir lo que queda (el remanente). 4º. Los acreedores del heredero pueden cobrar sus créditos de ese remanente que queda, que se integra en el patrimonio personal del heredero. Que son preferentes los acreedores del causante frente a los legatarios se deduce del espíritu del artículo 1111 del Código Civil y otros preceptos concordantes que permiten rescindir actos de liberalidad hechos en fraude de los acreedores. También se deduce del hecho de que los acreedores del causante prevalecen sobre los legitimarios, y estos, sobre las disposiciones hechas en testamento (una de las cuales puede ser un legado). Luego los acreedores del causante prevalecen sobre los legatarios (ALBALDEJO, 1997, 111-113).

Cabría que nos preguntásemos si los acreedores del heredero gozan de preferencia frente a los acreedores del difunto y los legatarios, sobre el patrimonio personal del heredero. Si el heredero aceptó a beneficio de inventario, como limita su responsabilidad a los bienes hereditarios, sus acreedores no corren el riesgo de una herencia pasiva que merme el patrimonio privativo del heredero, de manera que en tal caso cabe decir que los acreedores del heredero gozan de una *exclusiva* sobre el patrimonio privativo de este. Ahora bien, si el heredero responde de deudas y legados con sus propios bienes, por haber aceptado pura y simplemente, *¿sus acreedores personales tienen preferencia para cobrar sobre su patrimonio privativo antes que los acreedores del causante y los legatarios?* Hay que responder que aunque existe separación automática de patrimonios, tal separación es en beneficio de acreedores de la herencia y legatarios, no en favor de los acreedores personales del heredero. En consecuencia, *el patrimonio privativo del heredero respondería por igual y podría ser agredido por igual tanto por sus acreedores personales, como por los acreedores de la herencia o los legatarios, no teniendo aquellos para defender sus derechos protección especial alguna*. Para los acreedores personales del heredero es como si este hubiera contraído nuevas deudas, supuesto en el que los acreedores antiguos no tienen preferencia para cobrar sus deudas sobre el nuevo acreedor (ALBALDEJO, 1997 113-114).

Sentado lo anterior, la responsabilidad del heredero por deudas del difunto se sujeta a uno de estos dos criterios: A) Hereda todas las deudas, pero *respondiendo de ellas solamente con los bienes que haya en la herencia*. El heredero ha de pagar con los bienes relictos o lo que den por ellos, y los acreedores del difunto solo pueden agredir estos bienes para su cobro. Responsabilidad con los bienes (*cum viribus hereditatis*) o hasta el valor de los bienes hereditarios (*pro viribus hereditatis*). B) Hereda todas las deudas, *pero respondiendo de ellas también con los bienes propios de su patrimonio personal, bienes que tuviese antes de heredar*

o que incluso adquiriera después. Este segundo criterio es el que se aplica como regla en el Código Civil (art. 1003) (ALBALADEJO, 1997, 114-115)³.

Otros autores, como hemos indicado, consideran que la aceptación pura y simple de la herencia genera una confusión de patrimonios, el personal del heredero y el hereditario, si bien no dejan de señalar que esta confusión puede originar consecuencias perjudiciales para los acreedores hereditarios y legatarios, o para los acreedores personales del heredero, si el heredero se encuentra excesivamente endeudado o por el contrario, el causante estaba en dicha situación. En el primer caso, los acreedores del causante ven disminuida la garantía de que gozaban al concurrir sobre el patrimonio hereditario los acreedores del heredero. En el segundo caso, sufren perjuicio estos últimos. Numerosas legislaciones, siguiendo la tradición histórica del Derecho Romano, regularían la separación de patrimonios como beneficio que se concede a los acreedores hereditarios y legatarios, cosa que hizo el Proyecto de 1851 del Código Civil, pero no habría recogido expresamente el Código Civil. El artículo 1082 del Código Civil solo protegería a los acreedores hereditarios en un sentido diferente, impidiendo que se hagan efectivas las adjudicaciones particionales (en caso de comunidad hereditaria) hasta que se les pagase o afianzasen sus créditos e impidiendo la entrega de los legados hasta entonces (art. 788.3 LEC). *Se trataría de una medida coercitiva, no una declaración de preferencias crediticias*, y si los acreedores hereditarios hicieran uso de ella, mantendrían el patrimonio del causante separado del propio de cada coheredero, pudiendo así obtener satisfacción forzosa de sus créditos con más facilidad que si hubiese confusión de ambas masas (DÍEZ PICAZO, 2006, 507-508). Por lo tanto, en caso de aceptación pura y simple por un único heredero, la confusión de patrimonios sería total^{4, 5}.

II. FENÓMENO SUCESORIO Y CONCURSO DE ACREEDORES

La Ley Concursal contiene referencias dispersas al concurso de la herencia en diversos preceptos⁶. Reconoce la capacidad concursal de una herencia insolvente, al establecer en su artículo 1.2º que el concurso de la herencia podrá declararse *en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*⁷. «La capacidad concursal de la herencia ha sido interpretada como una proyección de la normativa general sobre la capacidad para ser parte de las masas patrimoniales o de los patrimonios separados, *ex* artículos 6.1.4º y 7.5º de la LEC»⁸.

Lo cierto es que la Ley Concursal no detalla los supuestos específicos en los que la herencia puede ser declarada en concurso. Por el contrario, sí regula expresamente el caso en que la herencia no puede concursar («*el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente*», art. 1.2 LC) y se podrá «*solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente*» (art. 3.4 LC)⁹. «Parece bastante claro que la Ley Concursal parte de que la aceptación pura y simple *implica o supone una confusión patrimonial y que el hipotéticamente declarado en concurso sería el heredero o herederos que así acepten*. Esta es la opinión sostenida de modo casi unánime en la doctrina española, según la cual el legislador concursal no hace sino reflejar la noción que se tiene en la doctrina de las consecuencias de la aceptación pura y simple de la herencia»^{10, 11}. Pero esta posición no es compartida por otros autores, como ESPEJO LERDO DE TEJADA O YÁÑEZ VIVERO.

Parecería, pues, que de acuerdo con una interpretación gramatical del artículo 1.2 de la LC, una herencia aceptada pura y simplemente no puede ser declarada

en concurso. Sin embargo, lo que la ley no aclararía es qué cabe en tales situaciones. Para la generalidad de los comentaristas, el artículo 1.2 LC, como hemos dicho, enlaza con la tesis de que aceptada la herencia, pura y simplemente, se produce una confusión de patrimonios, por lo que es el propio heredero, en su caso, quien resultando deudor insolvente debería ser declarado en concurso. *En tal caso, la masa activa estaría integrada por todos los bienes (procedentes de la herencia y del patrimonio personal del heredero) y la pasiva, por todos los acreedores (hereditarios y del heredero), estableciéndose una única graduación y prelación entre ellos.* Se seguiría así la solución adoptada en el Anteproyecto de LC de 1983¹². Pero en la Propuesta de Anteproyecto de 1995, el artículo 257 de este¹³, combinaba el concurso de herencia con el del heredero puro y simple cuando un mes después de la aceptación los herederos no hubieran acreditado la íntegra satisfacción de los acreedores. Parecía, pues, partir, de la no existencia de confusión patrimonial al conjugar los dos concursos. YÁÑEZ VIVERO señala que «si bien es cierto que en la LC no se contempla expresamente un mecanismo para diferenciar dos masas patrimoniales dentro de un mismo concurso —a excepción de lo que sucede con el patrimonio ganancial y el privativo, ex artículos 82.1 y 86.4— también podría declararse, en este caso, el concurso de la herencia con diferenciación de los dos activos patrimoniales responsables. ¿Por qué no reconocer, pues la posibilidad de que la herencia [aceptada pura y simplemente] sea declarada en concurso y la masa activa esté formada por el patrimonio hereditario que responda de sus acreedores y, en lo no satisfecho, los acreedores hereditarios se pueden dirigir contra el patrimonio personal del heredero [o herederos] que, si es insuficiente y además hay otros acreedores, pueda ser declarado en concurso?»¹⁴.

III. PRECEPTOS DE LA LEY CONCURSAL RELATIVOS AL CONCURSO DE ACREEDORES DEL CAUSANTE DE UNA HERENCIA

Cuando hablamos del concurso de acreedores del causante de una herencia, hacemos referencia al supuesto de que *declarado el concurso de una persona física, esta fallezca antes de la conclusión del procedimiento concursal.* En el Título VII de la Ley Concursal («De la conclusión y de la reapertura del concurso»), el artículo 182 contempla esta hipótesis. Señala dicho precepto legal:

1. *La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto.*
2. *La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos.*
3. *La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso.*

Esta situación plantea también la puesta en relación de la institución del concurso con el fenómeno sucesorio. *Se diferenciaría del concurso de la herencia en que en este último supuesto, el causante falleció sin haber sido declarado todavía en concurso, por lo que en este caso quien cae en concurso o puede ser declarado en concurso es su herencia y no él. Por lo tanto, lo que distingue el concurso del causante, del concurso de la herencia, es la existencia, o no, de un procedimiento concursal al fallecimiento del deudor*¹⁵.

Según BOLAS ALFONSO con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, si bien la hipótesis como tal no estaba regulada en el ordenamiento jurídico español, *se admitía sin discusión la tesis según la cual la muerte o la declaración de fallecimiento del quebrado no eran causa de conclusión del procedimiento que proseguía respecto de la herencia*¹⁶. «Fallecido el quebrado, los efectos de la quiebra se limitaban a los estrictamente patrimoniales, y dichos efectos *eran distintos según que se hubiera producido o no la confusión del patrimonio del causante —quebrado— con los de sus herederos*: A) Si el heredero o herederos aceptaban la herencia pura y simplemente, quedaban responsables de todas las deudas del causante, no solo con los bienes de este, sino también con los suyos propios (cfr. arts. 659, 661 y 1003 del CC). Consecuentemente, si el heredero carecía de patrimonio suficiente o no satisfacía las deudas del causante, *la quiebra del causante derivaba en la quiebra del heredero*. B) Por el contrario, si los herederos hubiesen aceptado a beneficio de inventario, su responsabilidad quedaba limitada hasta donde alcanzaran los bienes de la herencia, sin que se produjera la confusión de patrimonios (cfr. art. 1023 CC), de manera que la masa activa quedaba integrada exclusivamente por los bienes de la herencia y la masa pasiva por los acreedores del causante». En este último caso se planteaba la colisión de las normas del Código Civil (arts. 1023 a 1034 CC), reguladoras de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario por el heredero único con las normas de la quiebra. Ahora bien, en el caso de la quiebra del causante, *el heredero se encontraba con un procedimiento en marcha en el que se habrían aplicado, o se aplicarían, las normas específicas de la quiebra en orden a la confección del inventario de bienes, relación de acreedores, administración y disposición de bienes, y pago de deudas, tareas todas ellas que correspondían con carácter exclusivo y excluyente a los órganos de la quiebra*. De manera que no había más inventario que el realizado en el seno del procedimiento de quiebra y la disposición de bienes y pago de acreedores se regía por dicha normativa especial, quedando desplazadas las normas del Código Civil [arts. 1023 a 1034 y arts. 1921 y sigs. CC] por la aplicación preferente de las normas de la quiebra¹⁷.

En el régimen actual, como ya hemos indicado, la Ley Concursal contiene referencias dispersas en relación con el concurso del causante y con el concurso de la herencia. En relación con el concurso del causante, aparte del mencionado artículo 182 LC, debe señalarse el artículo 40.6 LC que afirma que «el deudor [concurrido] conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia [abierta si falleciere]¹⁸».

*La doctrina tiende a la equiparación del concurso del causante con el concurso de la herencia*¹⁹. Sabemos que de acuerdo con las normas del Código Civil, la herencia puede ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario (arts. 998, 999, 1000, 1003, 1007, 1023 y 1024 CC) y que la cuestión de fondo que se plantea es si la LC ha sido formulada, bien sobre la base de que la aceptación de la herencia, en cualquiera de sus formas, determina siempre una separación automática de patrimonio hereditario y patrimonio del heredero, o bien desde la idea de que la aceptación pura y simple comporta una confusión total del patrimonio hereditario con los personales de los herederos. Nótese, sin embargo, con ESPEJO LERDO DE TEJADA, que en el caso presente del concurso del causante, «la Ley se desentiende de la forma de aceptación de la herencia y toma una decisión sin duda alguna práctica: que el concurso continúe como concurso de herencia a los efectos de mantener indivisos los bienes de los que conste. Pensamos que ello demuestra que lo importante en esta materia es ofrecer a los acreedores una solución adecuada y ágil a sus legítimas expectativas; no obstante llama la atención que,

pese a la aceptación pura y simple que pudiera existir en este caso, se siga hablando de concurso de la herencia. Quizá de ello se pueda sacar la conclusión de que las fronteras de las instituciones no se deben interpretar con rigidez; lo importante en cada caso sería adecuar la resolución del concurso a las normas sustantivas que gobiernan los avatares de la responsabilidad por las deudas hereditarias»²⁰.

Que la letra del artículo 182.1 LC y la del artículo 1.2 LC no son del todo coincidentes, también ha sido puesto de relieve por YÁÑEZ VIVERO: «Sorprende bastante que en el artículo 182 LC no se diga nada sobre lo que puede suceder si tiene lugar posteriormente la aceptación de los herederos. Resulta curioso que sea absolutamente irrelevante para la conversión en concurso de la herencia el hecho de que la herencia se acepte pura y simplemente, sobre todo, porque, previamente, el legislador concursal se ha preocupado de decir en más de un precepto (arts. 1.2 y 3.4) que el concurso de la herencia se podrá declarar, en tanto la herencia no haya sido aceptada pura y simplemente. ¿Se tratará, simplemente, de un descuido del legislador o habrá que interpretar de modo literal el precepto sin necesidad de buscar una interpretación sistemática?»²¹ Y continúa la autora indicando que «la interpretación que hacen, en líneas generales, tanto los tribunales como la doctrina, de los artículos 1.2 y 182 de la Ley Concursal es una interpretación que podríamos denominar complementaria e integradora. De un lado, los efectos del concurso “sobrevenido” previstos en el artículo 182, se aplican también al concurso de la herencia propio, es decir, al inicialmente declarado tras la muerte del deudor insolvente. Y de otro lado, el silencio del artículo 182 respecto a la repercusión de la aceptación de la herencia en el concurso “continuator” de la herencia es integrado con la regla imperativa del artículo 1.2 que excluye — de modo no justificado desde mi punto de vista — el concurso de la herencia cuando la aceptación es pura y simple»²².

IV. LA CONTINUACIÓN DEL CONCURSO DEL CAUSANTE COMO CONCURSO DE LA HERENCIA

Como señala el artículo 182 LC, la apertura de la sucesión del concursado (por muerte o declaración de fallecimiento) no es causa de conclusión del concurso, sino que el procedimiento concursal continúa tramitándose como concurso de la herencia. Las facultades de administración y disposición sobre el caudal relicto corresponderán a la administración concursal, sin que pueda cambiarse esta situación (*arg. ex art. 40.5 LC*), «con la misma intensidad y extensión que en caso de suspensión de las [dichas facultades] de un concursado vivo»²³.

El artículo 182 indica también que la representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a Derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. Hablar de representación de la herencia supone reconocer un cierto grado de subjetivación de la masa hereditaria. *Dicho representante ostentaría el ejercicio de las facultades, que, según el artículo 40 LC, corresponderían a un concursado al que se hubiese suspendido el ejercicio de la administración y disposición de su patrimonio.* En principio, es preferente la representación que resulte de la designación hecha por los herederos, la cual sustituiría a cualquiera otra que antes de la aceptación de la herencia hubiese ostentado persona alguna con base en nombramiento deferido por la autoridad judicial. En este sentido, si bien la LEC prevé en sus artículos 790 y sigs. la intervención del caudal hereditario (que tiene por objeto la formación de inventario y administración del caudal relicto) y señala a una serie de legitimados para

solicitarla, al estar en tramitación el concurso, este significa ya la intervención del patrimonio del causante, y realmente la continuación de la tramitación del concurso después de su fallecimiento, satisface las necesidades de la intervención: el inventario queda suplido por la formación de la masa activa y pasiva y la administración del caudal resulta atribuida a la administración concursal. Parece, pues, que correspondería a la administración concursal [antes de la aceptación de la herencia] la legitimación para promover el nombramiento de un representante de la herencia, ante el propio juez del concurso (art. 8.4 LC), de acuerdo con las reglas (supletorias) de la LEC (Disp. Final 5ª LC), en la medida en que tal nombramiento forma parte de las medidas de intervención del caudal hereditario, y estas se conceptúan como cautelares, correspondiendo al juez del concurso la jurisdicción exclusiva y excluyente sobre toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado. Si bien se señala que «el nombramiento judicial de un administrador de la herencia, promovido por la administración del concurso y decidido por los trámites de la LEC, puede producirse y responder a una necesidad de hecho» (BLANQUER UBEROS, 2005, 156)²⁴.

La continuación del concurso del causante como concurso de la herencia supone también la incorporación al concurso, como nuevos acreedores de la masa activa de los legitimarios y de los legatarios. Además del pago de los acreedores de la masa y de los acreedores del concursado fallecido, incluso de los subordinados, todo ello según el orden de prelación establecido en la LC y de los compromitentes (art. 100.5, en caso de convenio), deberá resolverse en el concurso lo referente a fijación y pago, en la cuantía que resulte si hubiese activo neto, de las legítimas así como el pago de legados y demás cargas dispuestas por el causante, con los bienes que resultasen, en su caso, como activo neto. Si dichos bienes no alcanzasen para cubrir todos los legados, el pago de los mismos se haría por el orden establecido en el artículo 887 del Código Civil. Igualmente, habrá que atender a si dentro de la masa activa existen bienes sujetos a sustitución fideicomisaria, de los que el causante fallecido fuere fiduciario, en cuyo caso, podrán ser objeto del derecho de separación *ex* artículo 80 LC por los fideicomisarios, según el cual «los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención serán entregados por la administración concursal a sus legítimos titulares, a solicitud de estos. Contra la decisión denegatoria de la administración concursal podrá plantearse incidente concursal». También habrá que tener en cuenta si existen bienes en el patrimonio del fallecido sujetos a reserva, los cuales podrán ser objeto del derecho de separación o bien los derechos de los reservatarios habrán merecido la clasificación de créditos con privilegio especial sobre los bienes reservables (arts. 811 y 968 y sigs. CC y arts. 184 y sigs. LH)²⁵.

Las que ya no formarían parte del concurso del causante continuado como concurso de la herencia serían las operaciones particionales, en la medida en que el artículo 182.3 LC señala que «la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso», lo que evidenciaría que la conclusión de este se produce por las causas del artículo 176 LC, permaneciendo indiviso el patrimonio entre los coherederos hasta dicho momento. El concurso no tendría otro objeto que satisfacer en su integridad las deudas del concursado fallecido y las cargas de su herencia. Cumplido este, el remanente neto se entregaría a los coherederos, aplicándose las normas del Código Civil y de la LEC sobre partición de la herencia. Como señala BLANQUER UBEROS, la norma del artículo 182.3 LC es claramente imperativa y prohíbe la división de la herencia durante la tramitación del concurso, estando todos los coherederos obligados a permanecer en la indivisión

hasta la conclusión del concurso, a diferencia de lo indicado para una situación extraconcursal en el artículo 1051 y sigs. del Código Civil, y en el artículo 1082 y 1084 del mismo cuerpo legal, de los que se deduce la posibilidad de poner fin a la comunidad hereditaria por la partición, antes de haber liquidado la herencia (hipótesis impedida imperativamente por el art. 182.3 LC)²⁶. Se trata, pues, de que «sin necesidad de formal oposición [de los acreedores en virtud del art. 1082 CC], cuando sobre la herencia existe un proceso concursal, la partición de la herencia no podrá llevarse a efecto. La situación de concurso no impide la realización de operaciones particionales, en su caso, sino la culminación de estas operaciones... Aunque la partición la haya realizado el deudor causante no procederá la entrega alguna de bienes hasta tanto no concluya el proceso concursal»²⁷.

V. LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA CAUSADA POR EL CONCURSADO FALLECIDO

Señalamos a continuación, siguiendo a BLANQUER UBEROS, los efectos que produciría sobre los herederos la inicial declaración de concurso de su causante, en función de si, abierta la sucesión del mismo, aceptaron a beneficio de inventario o pura y simplemente.

1. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA A BENEFICIO DE INVENTARIO

Si los llamados a la herencia aceptasen a beneficio de inventario con las debidas formalidades, ante notario o por escrito ante el juez del concurso, no sería necesaria ninguna otra formalidad. *Las normas del Código Civil sobre formación de inventario, administración de la herencia, pago de acreedores, legitimarios y legatarios, y en su caso, venta de bienes hereditarios que fuesen necesarios para dichos pagos (arts. 1025 a 1034 CC) son sustituidas por la propia continuación del procedimiento concursal.* Continuado el concurso del causante como concurso de la herencia, el heredero aceptante a beneficio de inventario queda libre de responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia no satisfechas en el procedimiento concursal, incluso en el caso de que el procedimiento concluya por insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 176.1.3º y 176 bis). En caso de quedar remanente, tras el cumplimiento del convenio o la liquidación, conservará derecho sobre el mismo (art. 176.1.2º)²⁸.

2. ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA PURA Y SIMPLEMENTE

En el caso de aceptación de la herencia pura y simplemente, en documento público o en documento privado, (resulta difícil que dada la intervención de la herencia que supone el procedimiento concursal el heredero realice actos concluyentes expresivos de su voluntad de aceptar tácitamente la herencia), se afirmarían por algunos autores que el alcance y efectos de esta aceptación *es intrascendente respecto del procedimiento de concurso, que continuaría su tramitación como concurso de herencia, situándose los efectos de la aceptación en un tiempo posterior a la conclusión del concurso.* Esto es, el heredero, aun aceptando pura y simplemente, *no puede interrumpir la tramitación del procedimiento de concurso ni participar más allá de ostentar la «representación de la herencia», pero una vez concluido el*

concurso debería atender el pago de los acreedores insatisfechos, hasta su completa satisfacción (en igualdad de trato con sus acreedores personales) [opinión esta que se basaría en una interpretación autónoma del artículo 182 LC respecto del 1.2 y 3.4 LC]²⁹. No obstante, podría sostenerse que el heredero, al aceptar en esta modalidad y quedar responsable de las deudas y cargas de la herencia con sus bienes propios, «podría solicitar su incorporación al procedimiento concursal para realizar, según lo procedente conforme a la situación de su tramitación el pago y consignación de todos los créditos reconocidos y la íntegra satisfacción de los acreedores, incluidos los demás beneficiarios en la sucesión, *incluso con bienes propios no comprendidos en la masa activa, y así poder promover la conclusión del concurso*»³⁰.

Si el heredero que aceptó la herencia pura y simplemente incurriese en insolvencia al asumir el pago con su patrimonio de las deudas [hereditarias] que quedasen pendientes tras la conclusión del concurso de su causante, junto con su propio pasivo, podría argumentarse que al aceptar la herencia dañosa o meramente pasiva del deudor concursado fallecido realizó un acto perjudicial para la masa de su propio concurso (para sus acreedores personales), pudiendo ejercitarse una acción rescisoria para obtener una sentencia que declarase la ineficacia de la aceptación pura y simple, dejándola relativamente ineficaz (intranscendente) *para el posterior concurso del heredero*, del mismo modo que los acreedores del heredero, perjudicados por una repudiación de una herencia solvente, pueden solicitar del juez autorización para aceptarla en nombre de aquel, aprovechando tal aceptación en cuanto baste para cubrir sus créditos (art. 1001 CC)³¹.

VI. CONCLUSIONES

I. Aunque el Código Civil no establezca expresamente la separación automática del patrimonio hereditario, del patrimonio del heredero, tras la aceptación, dicha separación puede inducirse de diversos preceptos del mismo, resultando dicha solución más justa para los acreedores hereditarios y del heredero, que la tesis de la confusión en caso de aceptación pura y simple de la herencia.

II. Si bien literalmente la LC parecería no aceptar la posibilidad del concurso de la herencia que ha sido aceptada pura y simplemente, varios autores consideran que la LC debe interpretarse de forma coordinada con los preceptos sobre responsabilidad del heredero que contiene el Código Civil, permitiendo la declaración conjunta en un mismo concurso, con separación de masas, del concurso de la herencia aceptada pura y simplemente y el del heredero/herederos.

III. La muerte del deudor concursado no interrumpe la tramitación del concurso, que continúa como concurso de la herencia, con la especialidad de incorporar en la masa pasiva a los acreedores de la herencia, legítimos y legatarios; con la posibilidad de ejercitar derecho de separación de la masa activa los fideicomisarios y reservatarios, y excluyéndose la división de la herencia (efectividad de las operaciones particionales) mientras no concluya el concurso.

IV. Se discute si el artículo 182 LC debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 1.2 y 3.4 LC o bien autónomamente, en la medida en que su letra no diferencia el caso de la aceptación pura y simple por el heredero, de la producida con beneficio de inventario. La interpretación autónoma permitiría, en todo caso, continuar con el concurso del causante como concurso de la herencia indivisa, aunque fuera aceptada por los herederos de forma pura y simple. Una interpretación sistemática llevaría a entender que la aceptación pura y simple

determinaría la conclusión del concurso por falta del presupuesto subjetivo del mismo, debiendo abrirse el/los concurso/s del/de los heredero/s.

V. Verificando tal interpretación autónoma, si la herencia se aceptó a beneficio de inventario, la tramitación del concurso excluye la aplicación de los artículos 1025 a 1034 del CC), quedando liberado el heredero del pago de deudas no satisfechas en el concurso. Si quedare remanente hereditario tras el cumplimiento del convenio o la liquidación concursal, engrosaría el patrimonio del heredero. Si la herencia se aceptó pura y simplemente, cabe pensar que los efectos de tal aceptación se reservan para después de concluido el concurso o bien que el heredero puede intervenir en el concurso para efectuar el pago o satisfacción de todos los créditos reconocidos. También cabe plantearse que si la aceptación pura y simple determina la insolvencia del heredero (lo que afectaría a sus acreedores personales), estos podrían, en el futuro concurso del heredero, rescindir tal aceptación como acto perjudicial para la masa pasiva de este segundo concurso, determinando su ineficacia relativa a efectos de este segundo concurso.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STS de 9 de octubre de 1962.
- ATS de 25 de septiembre de 2012.
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 4 de octubre de 2001.
- SAP de La Coruña, Sección, 4.^a, de 26 de marzo de 2009.
- SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009.
- SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 6 de mayo de 2013.
- SJM núm. 4 de Madrid, de 21 de julio de 2005.
- SJI núm. 10 y Mercantil de Santander, de 28 de abril de 2006.
- SJM núm. 1 de Málaga, de 23 de junio de 2008.

VIII. BIBLIOGRAFÍA:

- ALBALDEJO, M. (1997): *Curso de Derecho Civil*. Vol. V. Barcelona: José M.^a Bosch Editor, S. L.
- BLANQUER ÜBEROS, R. (2005): «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, págs. 37-192.
- BOLAS ALFONSO, J. (2005): «El concurso del causante, de la herencia y del heredero». En: *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, págs. 1789-1803.
- CÁMARA ÁGUILA, M.^a P. (2004): «Comentario del artículo 182 LC». En: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.). *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Tecnos.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1989): *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo VI, Vol. 1.^o. Madrid: Reus.
- CAZORLA GONZÁLEZ, M.^a J. (2007): *El concurso de la herencia*. Madrid: Reus.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2006): *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV. Madrid: Tecnos.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005): «Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia: una aproximación civilística a la Ley Concursal». En: *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. II, págs. 1909-1930.

- LEFEBVRE, F. (2011): *Memento práctico Concursal, 2012*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S. A.
- ORDUÑA MORENO, J. (2004): «Comentario al artículo 182 LC». En: Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (Dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo II. Madrid: Thomson-Civitas.
- PÉREZ DE VARGAS, J. (2004): «El concurso de la herencia». *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 1, 53-72.
- ROJO, A. y ORDUÑA, J. (2004): «Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal». En: Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (Dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.
- YÁÑEZ VIVERO, F. (2012): «Las deudas de una herencia concursada y su proyección en la práctica judicial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, págs. 3546-3560.
- (2012): *El fallecimiento del concursado*. Pamplona: Civitas.

NOTAS

¹ La venta de la herencia está regulada en los artículos 1531 a 1534, 1067, 1000 y 1271 del Código Civil. Al vender la herencia, que tiene que estar ya causada, (es decir, debe haberse abierto la sucesión pues no cabe vender la herencia futura), el vendedor no transmite la condición de heredero, que es personalísima, ni derechos no económicos en que haya sucedido al causante (derecho moral de autor; acción de calumnia o injurias, acciones de filiación...), ni la posesión civilísima, que va ligada a la condición de heredero. Según el Código Civil lo vendido es el contenido de la herencia en el momento de su adquisición por el heredero, salvo pacto en contrario. Como la venta de la herencia no implica transmisión de la cualidad de heredero, que es personalísima, de las deudas hereditarias sigue respondiendo el heredero, debiéndolas exclusivamente él y siendo contra él contra quien deban dirigirse los acreedores. Responde con sus bienes propios (art. 1003 CC), aunque hubiese aceptado a beneficio de inventario, pues según el artículo 1024 del Código Civil pierde este beneficio si enajena la herencia antes de pagar las deudas, salvo que lo haga con autorización judicial o de todos los interesados, y dando al precio de lo vendido el fin determinado al concederle la autorización. Una vez pagadas las deudas por el heredero-vendedor, el comprador deberá resarcirle de lo pagado, salvo pacto en contrario (art. 1534 CC). Siendo insolvente el heredero y no estando obligado el comprador al pago de las deudas, el acreedor podría quedarse sin cobrar. Entonces puede usar los medios generales que la ley concede a todo acreedor en caso de insolvencia de su deudor (acción subrogatoria, pauliana,...). Además como el comprador retiene en su poder un dinero que debería haber abonado al heredero, si este hubiera pagado (art. 1534 CC), según ALBALADEJO, el comprador quedaría obligado ante el acreedor por enriquecimiento injusto. Si comprador y vendedor pactaron que aquel asumiera las deudas hereditarias y lo consienten los acreedores de la herencia, entonces el comprador quedaría obligado como nuevo deudor frente a los acreedores (art. 1205 CC) y estos tendrían acción directa contra él. El comprador quedaría subrogado en el beneficio de inventario, si el heredero aceptó la herencia con esta modalidad y si la venta se hizo con las condiciones del artículo 1024.2º del Código Civil (autorización judicial o consentimiento de todos los interesados). Sin embargo, según STS de 9 de octubre de 1962, el adquirente asume *ex lege* las deudas sin límite, salvo pacto en contrario (art. 1534 CC).

² Según este autor «el beneficio de inventario... puede definirse como un poder o facultad que el ordenamiento jurídico atribuye al heredero para autolimitar su responsabilidad como tal a los bienes de la herencia (responsabilidad *intra vires*), lo que hace que esta se configure de una forma especial: queda como un patrimonio en liquidación de sus cargas y deudas, separado del propio del heredero, al que pasará lo que reste de la liquidación» (DÍEZ-PICAZO, 2006, 494).

³ El primer criterio se aplica como excepción si se pide y obtiene la limitación de responsabilidad (beneficio de inventario) a los bienes heredados (art. 1023 CC), o, si aun sin pedirla, la ley determina que en el caso se responda con el límite de lo recibido, como ocurre en el caso de herencias que correspondan a menores o incapacitados cuando la acepte el tutor por sí solo (art. 271.4º CC), o se trate de herencia dejada a los pobres (art. 992 CC) o al Estado (art. 957 CC). Se responde entonces *intra vires hereditatis* (ALBALADEJO, 1997, 115). Si existe una pluralidad de llamados, no es preciso para que se produzca esta limitación de responsabilidad que todos los herederos ejerciten su facultad de consuno, sino que cada uno es titular del poder o facultad de autolimitar su responsabilidad (art. 1007 CC).

⁴ Cuando la herencia va a parar a varias personas a las que corresponde una porción de la misma, no habiéndose concretado todavía los bienes sobre los que recaerá tal porción, los varios sucesores (herederos o legatarios de parte alícuota), pasan a ser todos conjuntamente titulares, normalmente por cuotas, de la masa hereditaria, *compuesta por los bienes y derechos no destinados específicamente a un sucesor* (heredero en cosa cierta, legatario, heredero instituido en parte alícuota pero al que el causante adjudicó bienes en pago de ella). *Se produce entonces una situación de cotitularidad denominada comunidad hereditaria. Esta comunidad subsiste hasta que se practica la partición. La comunidad no recae sobre las deudas del causante ni sobre las cargas de la herencia.* Unas y otras, que forman el pasivo hereditario, pesan sobre todos los sucesores *en concepto de herederos, por lo tanto, sobre los copartícipes en la comunidad hereditaria que sean herederos, no así sobre el legatario de parte alícuota, pero sí sobre el heredero en cosa cierta, aunque no sea copartícipe.* (ALBALADEJO, 1997, 117-120). Señala CASTÁN TOBEÑAS que habiendo varios herederos, el patrimonio hereditario, mientras permanece *pro indiviso*, ha de ser considerado en situación de administración. El Código Civil no contiene reglas directas a este respecto, pero de su espíritu y de acuerdo con la doctrina científica resultan las siguientes: 1º. Que en todo ha de estarse a lo dispuesto por el testador. 2º. Que, en defecto de disposiciones testamentarias sobre este punto, corresponderá la administración a los propios herederos, ejerciéndola de acuerdo o, en otro caso, conforme a las reglas de la comunidad de bienes contenidas en los artículos 392 a 406 del Código Civil (CASTÁN TOBEÑAS, 1989, 206). La comunidad hereditaria se extingue por la partición, que consiste en dividir los bienes del difunto entre los herederos. Normalmente se lleva a cabo mediante las siguientes operaciones: inventario de los bienes y avalúo; y después, adjudicación a cada coheredero de bienes en pago de su cuota, o bien se hacen lotes de bienes y después se adjudica cada uno a un coheredero, por acuerdo, sorteo, etc. Normalmente, además, después del inventario y del avalúo, si en la herencia hay deudas, se practica la liquidación, consistente en deducir el pasivo del activo, y fijando con qué bienes se ha de pagar el pasivo. De este modo solo se divide entre los coherederos el remanente. Pero realmente la misión de la partición no es liquidar, sino dividir. Con lo que también habría partición si se limitase a distribuir los bienes, dejando a los coherederos obligados al pago de las deudas del difunto tal como estaban antes de la partición. Aparte de que lo acordado por los coherederos al hacer la liquidación tiene valor entre ellos, pero no afecta al derecho de los acreedores a cobrar en la forma y con las garantías que legalmente les correspondan. En la práctica, sin embargo, se suele liquidar cuando se parte, para así tomar los coherederos limpia su cuota de la herencia. Es decir, sin afección al pago de las deudas del difunto. Para liquidar se toman del inventario bienes suficientes para con ellos pagar las deudas. Estos bienes no se reparten sino que, o bien con ellos se hacen efectivas las deudas antes de proceder a repartir el remanente, o bien se dejan agrupados con el destino de realizar en el futuro el pago de las deudas, adjudicándose tales bienes a un coheredero o incluso a un extraño con la obligación de pagarlas, lo que se llama adjudicación para pago de deudas. Esta adjudicación, como hemos dicho, no afecta a los derechos de los acreedores. Frente a ellos, los coherederos siguen siendo responsables en los términos que veremos a continuación. Ya que tal adjudicación solo tiene alcance interno entre quienes la acuerdan. Pero pagándose las deudas por el adjudicatario de los bienes, libera de las mismas a los coherederos deudores, dejando en manos de estos la herencia neta (ALBALADEJO, 1997, págs. 162-164, 167). Según el artículo 1082 del Código Civil: «Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». La explicación del artículo es

que si el patrimonio hereditario se conserva sin deshacer parece que se evitarán a los acreedores posibles dificultades para cobrar. Pero el artículo no impide practicar la partición si los coherederos quieren realizarla ya. A lo que pueden oponerse es a que se lleve a efecto si se realizó (a la efectividad de las adjudicaciones, art. 788.3 LEC), esto es, a que los bienes se disgreguen y pase cada uno a manos de su adjudicatario, sin que los acreedores hayan sido completamente pagados o garantizados a satisfacción. Son acreedores reconocidos como tales los reconocidos por el testador, por los coherederos, por los Tribunales o los que tienen sus derechos documentados en título ejecutivo (art. 782.4 LEC). Manteniendo la indivisión, los acreedores del heredero no pueden agredir más que la cuota hereditaria de su deudor, que es lo único que figura en su patrimonio personal, pero no bienes específicos del patrimonio hereditario que sigue en indivisión y pertenece a una pluralidad de herederos. Puede ocurrir que se reduzca la materialización o concreción al partir de la cuota de un heredero, si los acreedores hereditarios han actuado contra bienes concretos de la herencia, que eran bienes atribuidos en la partición a dicho heredero. Aunque los acreedores hereditarios no se opongan a la efectividad de la partición, tienen el derecho de intervenir a su costa en ella, para evitar que se haga en fraude o perjuicio de su derecho (*arg., ex art. 1083*, que reconoce tal derecho a los acreedores del heredero y puede ser aplicado por analogía). Tanto mientras la herencia está indivisa (porque hay comunidad hereditaria), como después de la partición, la responsabilidad de los varios herederos es solidaria por las deudas y cargas y mancomunada por los legados. Ello incluso si todos o alguno aceptaron la herencia a beneficio de inventario, pero en tal caso la responsabilidad estará limitada a los bienes hereditarios, sin alcanzar a los del heredero. Ello se sigue del artículo 1084.1º del Código Civil, que lo dice expresamente para después de la partición, y lo presupone para antes. El principio de solidaridad es el mismo, dice MANRESA, tratándose de la aceptación pura o a beneficio de inventario. Variará el límite de responsabilidad con arreglo al artículo 1003 o 1023 del Código Civil; mas el acreedor podrá siempre reclamar el cobro, dentro del límite marcado en su caso, contra cualquiera de los herederos. Ahora bien, si la herencia está dividida y si el heredero contra el que se dirige disfruta de responsabilidad *intra vires* (limitada), solo podrá hacer efectivo su derecho sobre bienes hereditarios que tal heredero haya recibido en la adjudicación. Verificada la partición, el coheredero demandado tiene, en principio, derecho a hacer citar y emplazar a los demás coherederos (art. 1084.2º CC), con lo que puede conseguir que el juicio lo entable el acreedor frente a todos y que la sentencia que se dicte sea eficaz contra todos. No obstante, el coheredero no tendrá tal derecho de hacer citar y emplazar a los demás si por disposición del testador, o como consecuencia de la partición, hubiera quedado él solo obligado al pago de la deuda. Pero el acreedor, si quiere, puede demandar a los demás coherederos, porque esa adscripción de responsabilidad a cargo de un solo coheredero tiene alcance solamente en las relaciones internas entre los coherederos, pero carece de efectos frente a los acreedores. Aun conseguida la citación y emplazamiento a los demás coherederos, como el demandado debe solidariamente, si los otros coherederos no tienen bienes con que responder frente al acreedor, responderá él de toda la deuda. Pero como la sentencia es eficaz frente a todos cabe ejecutarla sobre bienes de los coherederos citados, por lo que si el demandado fuese insolvente la sentencia se ejecutará solo sobre bienes de los coherederos citados. El derecho de hacer citar o emplazar a los demás que tiene el demandado no disminuye en absoluto su responsabilidad. Simplemente le evitará que cuando ejercite la acción de regreso contra los demás coherederos, estos le puedan oponer medios de defensa que no opuso frente a la reclamación del acreedor. Si la herencia todavía está indivisa, para obtener el cobro sobre bienes del caudal relicto, deberá dirigirse el acreedor contra todos los comuneros (contra todos los sucesores que participen de la comunidad hereditaria). De acuerdo con las reglas de la solidaridad, el coheredero que paga totalmente la deuda o más de su parte tiene derecho a exigir de los otros la porción que a cada uno toca en el total, esto es, la porción correspondiente a sus cuotas hereditarias. En las relaciones internas entre coherederos unos han de suplir la insolvencia o la falta de responsabilidad *ultra vires* de otros, soportando también el que pagó su parte en la splencia. Ello en virtud de las reglas de la solidaridad (art. 1145 CC) y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1085 del Código Civil (*Cfr.*: ALBALADEJO, 1997, págs. 124-125; 133-134; DIEZ-PICAZO, 2006, págs. 517, 521-525; CASTÁN TOBENAS, 1989, págs. 320-321, 336-338, 401-406).

⁵ La doctrina de la confusión de patrimonios en caso de aceptación pura y simple era defendida por la doctrina más antigua apoyándose en el artículo 1023.3º del Código Civil, interpretado a *sensu contrario*. Aunque esta posición se matizaría, como se deduce de lo indicado antes, para el caso de comunidad hereditaria, la cual significaría el mantenimiento de una cierta separación patrimonial. La permanencia de la herencia en estado de indivisión (art. 1082 CC) evitaría la confusión patrimonial inherente a la aceptación sin beneficio de inventario, lográndose una *separación transitoria* de los bienes concretos dejados por el causante. En su virtud, *los acreedores del heredero no pueden perseguir para el cobro de sus créditos más que el derecho hereditario como tal, mientras que los acreedores hereditarios pueden agredir el patrimonio relicto como universitas y todos y cada uno de los bienes que lo integran*. La confusión de patrimonios sería total en caso de aceptación de la herencia pura y simplemente por el heredero único. ESPEJO LERDO DE TEJADA defiende la tesis de que la separación patrimonial que se produce en el marco del fenómeno sucesorio admitiría distintos grados. La separación más intensa sería la que se produce en el caso de que distinga el beneficio de inventario. Con la aceptación pura y simple, incluso por el heredero único, habría separación de patrimonios en un solo sentido: el heredero no conservaría en provecho propio las acciones y derechos que tuviese contra el difunto (art. 1023.2º a contrario sensu), como ocurre en caso de aceptar a beneficio de inventario, y en ese sentido habría confusión de patrimonios en daño del heredero. Tampoco sería considerado como un administrador y liquidador del caudal, como ocurre en el beneficio de inventario (art. 1026 CC). La separación que se produciría aquí sería solo en beneficio de acreedores del causante y legatarios (no hay confusión patrimonial en daño de terceros), pero ello no impediría la desaparición de valores del caudal (no regiría el art. 1024.2º CC), ni la agresión contra él de los acreedores del heredero. Solamente explicaría la preferencia de los acreedores del causante y de los legatarios sobre los bienes relictos, en tanto estos subsistiesen y fuesen identificables. Para defender esta tesis, siguiendo a LACRUZ BERDEJO, expone, entre otros argumentos, los siguientes: 1º. El artículo 1911 del Código Civil vería muy disminuida su eficacia si la garantía patrimonial universal pudiera cambiar arbitrariamente a la muerte del deudor, mediante la decisión de los herederos de aceptar pura y simplemente o de verificar la partición de los bienes. Además, siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, indica que el Código Civil, al establecer la prelación de créditos, presupondría que, aunque el deudor muera, su patrimonio subsiste como masa afecta al pago de sus deudas (art. 1924.2º CC). No obstante la muerte del deudor, y en relación con todos sus bienes muebles e inmuebles, los créditos seguirían estando clasificados para su graduación y pago en los términos de los artículos 1921 y sigs. 2º. De acuerdo con los artículos 42.6º y 46 LH, los acreedores de la herencia pueden solicitar la anotación preventiva del derecho hereditario, lo cual solo puede tener por fin el aseguramiento del derecho de prelación del acreedor sobre el caudal relicto. 3º.- El artículo 1082 del Código Civil, que opera no solo en el caso de la herencia beneficiaria sino también en el caso de la aceptación pura y simple, mostraría que si en caso de comunidad hereditaria se busca salvaguardar los bienes de la herencia de la agresión de los acreedores de los coherederos es porque se parte como principio general de que son preferentes los acreedores de la herencia y la situación de estos y del heredero o herederos no puede variar por el hecho de que los sucesores sean uno o varios, por lo que debe existir el mismo criterio cuando el sucesor universal sea uno. A estos argumentos se añadirían dos enunciados por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: 1º Que el Código Civil debió respetar en esta materia la tradición histórica, según ordenó la base 18; 2º. Que el principio «primero es pagar que heredar», alcanza en la Jurisprudencia la consideración de principio general del Derecho (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, págs. 1921-1925). A todo lo anterior se contrarreplica que el artículo 1925 del Código Civil restringe los créditos preferentes a los enumerados en los artículos anteriores a él. Que ningún precepto legal autoriza a alterar el sistema de créditos privilegiados y su graduación, que es legal y *numerus clausus*, no existiendo en los preceptos relativos a la preferencia de créditos, que son imperativos, ninguno que contemple con carácter general la preferencia de los acreedores de la herencia y de los legatarios. A ello responde ESPEJO LERDO DE TEJADA que «en este tema no estamos hablando de prelación individual, porque no se comparan los créditos contraídos por el mismo deudor, sino los créditos que han pasado a ser del mismo deudor

en virtud del fenómeno sucesorio, lo cual plantea problemas que exceden de la perspectiva propia de las normas relativas a la prelación de créditos, pues en realidad se refieren a un problema diferente, que es el de la separación (o confusión) de patrimonios» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, pág. 1926). Precisamente, la separación de patrimonios trata de evitar que tenga que hacerse una ordenación con arreglo al artículo 1921 y sigs. del Código Civil de los créditos que han nacido contra diferentes deudores y que sin la separación tendrían que satisfacerse sobre un patrimonio formado por la confusión del patrimonio hereditario y el personal del heredero (GONZÁLEZ GARCÍA). Concluyendo ESPEJO LERDO DE TEJADA que «si el beneficio de inventario viene configurado en el Código como un mecanismo cuyos efectos están pensados en beneficio de los herederos (cfr. art. 1023 CC), que son quienes pueden instar ese procedimiento [no los acreedores], sería incoherente atribuir de forma exclusiva al beneficio de inventario los efectos de las normas que, en dicha sede sistemática, establecen la separación de patrimonios en beneficio de los acreedores de la herencia (cfr. arts. 1027, 1028, 1029 y 1034 CC). Sería insostenible mantener que la aplicación o no del criterio general que informa estas normas vaya a quedar en manos de los deudores» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, pág. 1928).

⁶ En relación con el concurso de la herencia, cabe señalar el artículo 1.2 («El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente») y el artículo 3.4 («Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario»). Igualmente, el artículo 6.2.2º LC, relativo a la documentación a acompañar a la solicitud de declaración de concurso, señalándose la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor en la que, tratándose de concurso de una herencia, se indicarán los datos del causante. Y finalmente, el artículo 40.5 LC en el que se señala: «en caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación». El Grupo Parlamentario Socialista era partidario de la inclusión de todo lo referente a la declaración de concurso de la herencia en un Título aparte, planteamiento que no comparte PÉREZ DE VARGAS, quien considera mucho más adecuada la solución adoptada por la LC que regula unas pocas cuestiones y deja todo lo demás al juego de las complejas normas de nuestro Derecho de Sucesiones, que, por si fuera poco, no son uniformes en todo el territorio nacional (PÉREZ DE VARGAS, 2004, 58-61; 69). Para la declaración de concurso de la herencia es necesario que esta esté incursa en insolvencia actual o inminente. Así se desprende del AJM de Santander de 28 de abril de 2006, que desestima una solicitud de declaración de concurso voluntario de una herencia aceptada a beneficio de inventario dado que no concurre la insolvencia inminente, al estar la totalidad de las deudas vencidas por lo que no puede concurrir la previsión de falta de puntualidad a que alude el artículo 2.3 LC, ni tampoco concurrir la insolvencia actual ya que en una anterior solicitud de concurso (que fue desestimada), el activo fue valorado en cantidad muy superior a la valoración presentada en la segunda solicitud. No incluyéndose en esta última, sin justificación alguna, algunos inmuebles que sí fueron incluidos en el inventario anterior; resultando notable y evidentemente desproporcionado el valor de mercado dado a los inmuebles con el valor real de los mismos, *dándose la circunstancia de que resulta perfectamente posible el pago de los acreedores mediante la venta de los bienes de la herencia*. Por todo ello se concluye que no existe imposibilidad de cumplirse regularmente las obligaciones exigibles, a la vista de las circunstancias, *pues puede considerarse como cumplimiento regular la venta de los bienes para el pago con lo que resultaría un líquido suficiente para atender las obligaciones*. «En realidad, parece que lo buscado es la unificación en un solo procedimiento de todas las operaciones de venta y liquidación de bienes de la herencia y el pago a los acreedores de esta al igual que sucedió con la primera solicitud. Sin embargo, y reiterando lo resuelto en aquella ocasión, el cauce instado no es el adecuado para ello, puesto que el concurso es un proceso destinado a la resolución de las situaciones de crisis de insolvencia que en modo alguno se aprecia en este caso. Junto a todo lo anterior,... se considera rayana en la mala fe la conducta de la solicitante al reiterar la solicitud que le fue denegada con idéntico objetivo, excluyendo cualquier referencia a la primera y presentando

una valoración desproporcionada e injustificada con relación incluso a sus propios actos anteriores, sin incluir en el inventario la totalidad de los bienes de la primera».

⁷ En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 6 de mayo de 2013. La sentencia de instancia había condenado a Inmobiliaria y Gestión Barcinova Augusta S. A. y a la herencia yacente de D. Hilario a pagar por mitad a D. Marino la cantidad de 33.473,04 euros. D. Marino recurre en apelación solicitando que la condena contra la herencia lo sea contra las herederas de mayor edad Dña. Antonia y Dña. Emma. La Audiencia acepta los fundamentos de la resolución recurrida así como su decisión. El demandante interpuso su acción de reclamación contra las herederas el 23 de diciembre de 2009 y también contra la sociedad; la herencia había sido aceptada a beneficio de inventario el 24 de julio de 2009 y el 15 de diciembre de 2010 se solicitó por las herederas la declaración de concurso voluntario de la herencia. En el escrito de recurso, el recurrente pretende que la herencia se aceptó pura y simplemente. La Audiencia señala que el propio actor advirtió en la demanda que se trataba de una aceptación a beneficio de inventario y que para tener la herencia por aceptada pura y simplemente en Cataluña no es suficiente el transcurso del tiempo para el inventario sino otras circunstancias concurrentes, y por ello la sentencia de instancia cita jurisprudencia acerca de la necesidad de prueba y declaración de culpa por parte de los herederos. *«En cualquier caso en el supuesto enjuiciado lo que importa es la simultaneidad concursal donde se asume la aceptación a beneficio de inventario. La actual LEC ha previsto de manera específica la capacidad para ser parte de ciertos entes sin personalidad jurídica y concretamente de «las masas patrimoniales o los patrimonios separados» (art. 6.1.4^o), dado que el conjunto de los bienes que integran el patrimonio de una persona puede quedar temporal o transitoriamente sin titular, que es precisamente lo que sucede en el caso de una herencia yacente, hasta que pasan los bienes a la titularidad de los herederos. Por tanto esa situación, interina y provisional, que supone la herencia yacente, es decir, la existencia de un patrimonio cuyo titular ha fallecido y aún no se han realizado todas las operaciones para adjudicar a los herederos los mismos. Desde la muerte del causante se abre la herencia, transmitiéndose su patrimonio en herencia yacente hasta su aceptación por los llamados a la misma en concepto de herederos. Pero aceptada la herencia a beneficio de inventario, ya no se trata de una herencia yacente, de ahí que todas las referencias del concurso de acreedores se efectúen a «la herencia» y no a la «herencia yacente», por ello y para evitar confusiones extraídas de la sentencia recaída procede aclararla [en el sentido de que donde dice herencia yacente de D. Hilario debe decir herencia de D. Hilario]», desestimándose el recurso y confirmando la sentencia de instancia.*

⁸ YAÑEZ VIVERO, F. (2012). «Las deudas de una herencia concursada y su proyección en la práctica judicial». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 734, pág. 3547.

⁹ *Ibidem*, págs. 3548. El Auto de 21 de julio de 2005, del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, reconoce legitimación activa para solicitar la declaración de concurso de la herencia de D. José Pablo a la Sindicatura de la quiebra voluntaria de Jebrimont S. A., ya que aparte de concurrir el presupuesto subjetivo (acreditación de la defunción de D. José Pablo y justificación de la existencia de caudal relicto, por existir bienes a nombre del fallecido, sin que conste que su herencia ha sido aceptada pura y simplemente) y objetivo (signos de insolvencia del deudor revelados por una pluralidad de reclamaciones y una multiplicidad de embargos decretados sobre el patrimonio inmobiliario de D. José Pablo (art. 2.4.1^o y 2^o LC), ha acreditado la existencia de un crédito a favor de Jebrimont S.A, contra la mencionada herencia por un importe superior a los 400.000 euros, el cual se deriva del examen de los libros y papeles de la quiebra efectuada por los síndicos de la quiebra. Como consecuencia de ello se le reconoce legitimación activa para promover la declaración de concurso de la herencia de D. José Pablo, al amparo del artículo 3.4 LC, en su condición de acreedora (pues deben ser los Síndicos los que ejerciten las acciones para integrar el activo de Jebrimont S. A.), dictando en consecuencia el Juzgado el auto de declaración de concurso, que se califica de necesario de acuerdo con el artículo 22 LC, correspondiendo a la administración concursal con arreglo al artículo 40.5 el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación, comunicándose a diversos juzgados la declaración de concurso a efectos de suspender las ejecuciones singulares en trámite, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos.

¹⁰ YAÑEZ VIVERO, 2012, pág. 3549. PÉREZ DE VARGAS deduce del artículo 1.2 LC que procederá la declaración de concurso de una herencia yacente o que haya sido aceptada a beneficio de inventario. Señala que «frecuentemente sucede que, entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la aceptación, transcurre un período de tiempo —a veces largo— en el que la herencia carece de titular. Se dice que entonces la herencia se encuentra en situación de yacencia. Durante esta fase, la masa hereditaria podría sufrir graves quebrantos económicos, si permaneciera absolutamente desatendida. Por eso, es el propio ordenamiento jurídico el que, teniendo gran interés en la conservación y administración del caudal relicto, toma cartas en el asunto, dotándole de la unidad, homogeneidad y autonomía suficientes como para que pueda permanecer indemne mientras carezca de un titular definitivo. La herencia yacente... [es]... un patrimonio de destino... Durante ese tiempo, resulta fundamental atender a su conservación y administración en interés de los herederos, legatarios y acreedores del causante». Habiendo heredero que haya aceptado pura y simplemente o una situación que haya producido la imposibilidad de utilizar el beneficio de inventario e imponga la aceptación pura y simple (1002, 1018, 1019, 1024 CC), «no procederá la declaración de concurso de la herencia, ya que aunque esta no pasa a refundirse *automáticamente* con el patrimonio personal de aquel, el heredero responderá de las deudas del causante, y no solo con el insuficiente activo hereditario, sino también con el suyo propio ...», respondiendo de las deudas como si fuesen propias, por lo que los acreedores deberán reclamar al heredero *y solo cuando el patrimonio de este (del que forma parte «separadamente» la herencia del causante), resulte insuficiente, podrán solicitar el concurso del heredero. En este caso no puede haber, pues, concurso de la herencia. Procede, en todo caso, que el heredero solicite su propio concurso. Si hubiera más de un llamado a la herencia, decidiendo aceptarla pura y simplemente alguno o algunos de los llamados, tampoco procederá declararla en concurso (PÉREZ DE VARGAS, 2004, págs. 61-66). ROJO y ORDUÑA sostienen igualmente que en el sistema de la LC, la herencia puede ser declarada en concurso si se trata de herencia yacente o bien se trata de herencia aceptada a beneficio de inventario. Si la herencia es aceptada pura y simplemente, se produce una extensión de la responsabilidad del heredero (*ultra vires hereditatis*), por lo que *tras la aceptación «ya no procede la declaración judicial de concurso de la herencia»*. Si el heredero es solvente, satisfará las deudas y hará frente a las cargas de la herencia (entendiendo por tales cargas las deudas originadas por la muerte o fallecimiento del causante, por la apertura de la sucesión y por el cumplimiento de la voluntad del fallecido) y una vez satisfechas estas deudas (y entregados los legados a los legatarios) «quedarán el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia (art. 1032.1 CC)»; *y si fuera insolvente, procederá la declaración judicial del concurso de este, bien a solicitud del propio heredero, bien a solicitud de los acreedores del deudor fallecido o [de los acreedores] del propio heredero*. En el concurso de acreedores del heredero existirá una única masa activa, integrada por los bienes y derechos antes del causante y ahora del heredero y por los bienes y derechos del heredero, *y una única masa pasiva, integrada por los créditos de quienes hubieran sido, hasta la aceptación pura y simple, acreedores del causante y de quienes sean acreedores del heredero. En estos supuestos, la LC no establece mecanismo alguno de separación interna de la masa activa por razón de la procedencia de los bienes y derechos que la integran*. Si la herencia hubiera sido aceptada a beneficio de inventario —facultad que puede ser ejercitada por el heredero en el mismo momento de aceptar la herencia o con posterioridad (art. 1015 CC)—, ingresan en el patrimonio del heredero como patrimonio separado los bienes y derechos que integran la herencia. El titular de esos bienes y derechos es el heredero; pero sin confusión con el patrimonio propio de ese heredero (art. 1023.3º CC) — hasta el punto de que el heredero conserva contra el caudal hereditario todos los derechos que tuviera contra el causante (art. 1023.2º CC) — y sin que el heredero quede obligado a pagar las deudas del causante y las cargas de la herencia «sino hasta donde alcancen los bienes de la misma» (art. 1021.1º CC). La responsabilidad hereditaria del heredero a beneficio de inventario es, pues, una responsabilidad limitada o *intra vires hereditatis*. Significa ello que, una vez producida la aceptación a beneficio de inventario, si el heredero, con los bienes heredados, no puede cumplir regularmente con las obligaciones exigibles contraídas por el causante, procederá la declaración judicial de concurso. La excepcionalidad del supuesto radica en que el concurso a declarar no será el del propio heredero, titular actual de ese patrimonio separado, sino el concurso de la herencia, a*

pesar de que los bienes y derechos han ingresado ya, por virtud de la aceptación a beneficio de inventario, en el patrimonio de ese heredero. Al igual que en el caso de la herencia yacente, el juez declara en concurso de acreedores a la herencia; pero, a diferencia del caso de la herencia yacente, el patrimonio separado que integra la masa activa no carece de titular. *La declaración judicial de quiebra de la herencia procede bien a solicitud del heredero, bien a solicitud de los acreedores del causante.* La masa activa estará integrada única y exclusivamente por los bienes y derechos heredados a beneficio de inventario, y no por los demás bienes y derechos propios del heredero. *Es este un supuesto muy excepcional en el que por efecto del beneficio de inventario, quiebra el principio de universalidad de la masa activa (art. 76.1)...».* «*Si fueren varios los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente, los acreedores del causante (y los de la herencia) pueden solicitar la declaración judicial de concurso de todos aquellos que sean insolventes. Si unos herederos hubieran aceptado pura y simplemente y otros a beneficio de inventario, los acreedores del causante (y los de la herencia) pueden solicitar la declaración judicial de concurso de los primeros, siempre que sean insolventes, así como el concurso de la herencia:* el hecho de que sea posible demandar a los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente (art. 1003 CC) o, incluso, si fueran insolventes, solicitar la declaración judicial de concurso de estos, no impide que el acreedor solicite la declaración judicial de concurso de la herencia (arg. ex art. 1.2)» (ROJO y ORDUNA, 2004, págs. 155-158).

¹¹ Como en relación a cualquier otro supuesto de solicitud de declaración de concurso, se planteó en la jurisprudencia *si procedía la desestimación de la solicitud de declaración de concurso de la herencia por inexistencia de masa activa.* En este sentido, el AAP de La Coruña (Sección 4.^a), de 26 de marzo de 2009, que confirma la resolución de instancia, señala: «CUARTO. Este Tribunal se adhiere al criterio favorable a la inadmisión del concurso en estos supuestos. Y es que, posibilidades en la vida, en abstracto, hay muchas, pero a lo que hay que estar en concreto es a la situación real, según los términos y circunstancias planteadas en la solicitud, por lo que si la Ley ordena la conclusión del concurso «en cualquier estado del procedimiento» cuando el Tribunal «compruebe la inexistencia de bienes y derechos» (art. 176.1-4^o), lógicamente, sin precipitación y de manera justificada, habremos de predicar lo mismo cuando se trate de adoptar la decisión inicial, convirtiéndose en impedimento para la admisión a trámite del concurso, al resultar paradójica y jurídicamente absurda su incoación en tal situación, con sus elevados costes, que mal van a poder ser afrontados, como tampoco cumplir con la finalidad de todo concurso indicada en el auto apelado, si tampoco son posibles o no se vislumbran reintegros o responsabilidades de interés y los herederos ahora apelantes ya asumieron el deber de instar la declaración concursal. Los autos del Juzgado de lo Mercantil abundan en ello y en las circunstancias concurrentes, cuyas razones se aceptan aquí dándolas por reproducidas para evitar repeticiones innecesarias. En palabras del auto de la Audiencia Provincial, Sección 1.^a, de Pontevedra, de 12 de julio de 2007, citado por el Juzgado: «La finalidad del proceso concursal es la satisfacción de los acreedores del deudor, inclinándose el legislador español por la función solutoria del mismo a través de dos vías, el convenio y la liquidación, y sobre un principio básico, la «*par conditio creditorum*», tradicional en los procesos colectivos como el concursal, frente a las ejecuciones singulares. Para cumplir dicha finalidad *resulta imprescindible la existencia de unos bienes o derechos con que garantizar los derechos de los acreedores, o al menos la existencia de un mínimo de certidumbre de que con la puesta en marcha de los mecanismos del proceso concursal, puede surgir dicho patrimonio, o vincular otros patrimonios diferentes de los del deudor al cumplimiento de la finalidad del proceso*». En la misma línea, otros autos como los de la Audiencia Provincial, Sección 4.^a, de Murcia de 30 de enero de 2006, La Rioja, Sección 1.^a, de 22 de marzo de 2007, o Cáceres, Sección 1.^a, de 24 de noviembre de 2008. Añadir: que la práctica forense anterior a la LC admitía esta solución; y que los trámites o requisitos del 176.2 a 5 tienen sentido cuando ya se hubiera incoado un procedimiento inicialmente viable y de sus vicisitudes se llegase a un agotamiento de los activos realizables o a la constatación posterior de su insuficiencia. QUINTO. Coincidiendo con lo considerado por el Juzgado de lo Mercantil, tampoco se cumpliría la finalidad del concurso si, como sucede en el caso que nos ocupa, los únicos bienes existentes son inmuebles, si ni siquiera están ya afectos a actividad profesional, empresarial o productiva, y si todos ellos están hipotecados, el endeudamiento es cuando menos equivalente a su valor económico, y, en

fin, los tres acreedores se verían legalmente favorecidos en el concurso con privilegio especial, por razón de sus respectivas garantías reales, con el consecuente derecho de ejecución separada, sin perjuicio de un hipotético sometimiento voluntario a un eventual convenio, difícil de imaginar en el presente asunto, además de no admitir la Ley propuestas de cesión conjunta o liquidación global del patrimonio, o en otro caso realizándose el pago a cada uno en la liquidación con cargo a los respectivos bienes vinculados, al no ser tampoco factible en el supuesto enjuiciado la alternativa de la administración concursal para atender de otra forma los pagos sin realización de tales bienes (arts. 55, 56, 57, 90.1-1º, 100, 123, 134, 136, 155 y concordantes). En definitiva, y sin entrar en otros temas o problemas, como el de la competencia objetiva, no creemos que legalmente se pueda pretender desvirtuar el objeto del concurso para convertirlo en una ejecución hipotecaria». El auto es anterior a la reforma operada en la LC por la Ley 38/2011, que introdujo el artículo 176.bis.4.

¹² Anteproyecto de LC de 1983. Artículo 5: «Fallecido el deudor y en tanto no conste fehacientemente la aceptación pura y simple de la herencia, podrá declararse el concurso de esta.

La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, el cual proseguirá respecto de la herencia. Cualquier acreedor podrá requerir ante el Juez del concurso a los herederos para que acepten o repudien la herencia. El ejercicio del derecho a deliberar por parte de los herederos no suspenderá la tramitación del concurso de la herencia.

La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien ostente su representación conforme a Derecho. De no existir administrador, el Juez adoptará las medidas cautelares que estime convenientes para la conservación del patrimonio y dará cuenta al Ministerio Fiscal para que inste el nombramiento de administrador ante el Juez competente y por el procedimiento que corresponda. En tanto no se produzca el nombramiento, la representación de la herencia en el procedimiento de concurso será asumida por el Ministerio Fiscal».

Artículo 6: Aceptada la herencia antes de que se haya producido la declaración de concurso, el Juez deberá oír a los herederos aceptantes.

Si la aceptación ha sido pura y simple, declarará, en su caso, a los herederos aceptantes en concurso, que se tramitará en procedimiento único con formación de masas separadas.

Si la aceptación ha sido a beneficio de inventario o con beneficio de inventario o con beneficio de separación de patrimonios se declarará el concurso de la herencia.

Cuando la aceptación pura y simple de la herencia se produzca después de declarado el concurso del causante o de la herencia, el Juez, previa audiencia de los herederos aceptantes, del síndico y del Ministerio Fiscal, declarará en concurso a los herederos o acordará la conclusión del procedimiento si resultase que la situación de crisis económica ha desaparecido a consecuencia de la sucesión. El Juez podrá condicionar la conclusión del procedimiento a la presentación por los herederos aceptantes de caución bastante para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que integren el pasivo del concurso.

Cuando todos los herederos acepten la herencia a beneficio de inventario o con beneficio de separación, después de declarado el concurso del causante o de la herencia, el concurso continuará respecto de la herencia».

¹³ Este Anteproyecto de 1995 dedicaba el Título XII al Concurso de la herencia. «Artículo 252. *Declaración de concurso de la herencia.* 1. La declaración judicial de concurso de la herencia del deudor procederá en los siguientes casos: 1º. Cuando, fallecido el deudor antes de la declaración judicial de concurso, no hubiera sido aceptada la herencia pura y simplemente. 2º. Cuando, declarado en concurso el deudor, hubiere fallecido este durante la tramitación del procedimiento. 2. En el caso a que se refiere el número segundo del apartado anterior, el Juez declarará de oficio la continuación del concurso del deudor como concurso de la herencia, sin retrotraer las actuaciones. Artículo 253. *Legitimación para solicitar la declaración de concurso de la herencia.* Para solicitar la declaración de concurso de la herencia están legitimados el administrador de la herencia, los herederos, los legatarios y cualquiera de los acreedores. Artículo 254. *Competencia para declarar el concurso de la herencia.* 1. Será competente para declarar el concurso de la herencia el Juez de Primera Instancia de la capital de provincia donde el deudor fallecido hubiera tenido su

domicilio o hubiera radicado el centro efectivo de sus actividades.- 2. El Juez competente para declarar el concurso de la herencia lo será también para declarar el de sus herederos. Artículo 255. *Provisión sobre solicitud.* 1. Si el Juez se estima competente para conocer de la solicitud presentada por el administrador de la herencia o por el único heredero dictará sentencia declarando el concurso de la herencia. 2. Si el Juez se estima competente para conocer de la solicitud presentada por cualquier otro legitimado, dictará providencia admitiendo a trámite la solicitud y ordenará el emplazamiento del administrador de la herencia y de todos los herederos conocidos para que comparezcan en la Secretaría del Juzgado a fin de que se les pongan de manifiesto los autos por el plazo de 3 días, dentro del cual podrán formular oposición a la solicitud. Artículo 256. *Aceptación de la herencia declarada en concurso.* 1. Una vez declarado el concurso de la herencia, cualquier acreedor podrá requerir a los herederos ante el Juez que lo hubiera declarado para que acepten o repudien la herencia. El ejercicio del derecho a deliberar por parte de los herederos no suspenderá la tramitación del concurso. 2. Una vez declarado el concurso de la herencia, la aceptación por los herederos se considerará realizada a beneficio de inventario salvo que manifiesten de modo expreso que aceptan pura y simplemente o que hubieran sustraído u ocultado bienes o derechos de la masa activa. Artículo 257. *Efectos de la aceptación de la herencia.* 1. Si la herencia fuera aceptada a beneficio de inventario, el concurso de acreedores continuará respecto de esta. Una vez concluido el procedimiento, si subsistiesen bienes, se entregarán al heredero o herederos aceptantes. 2. *Si la herencia fuera aceptada pura y simplemente, el concurso de acreedores continuará respecto de esta, pero el Juez declarará también en concurso a los herederos cuando, transcurrido un mes desde la aceptación, no hubieran acreditado la íntegra satisfacción de los acreedores.* 3. *El concurso de la herencia y de los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente se tramitará en procedimiento único, con nombramiento de síndicos comunes y formación de masas separadas».*

¹⁴ YÁÑEZ VIVERO, 2012, pág. 3552. ESPEJO LERDO DE TEJADA ya trató anteriormente de demostrar que el nuevo sistema legal de concurso es compatible con la tesis de no confusión total de patrimonios. Para el autor lo importante es adecuar la resolución del concurso a las normas sustantivas que gobiernan los avatares de la responsabilidad por deudas hereditarias. En las hipótesis en que según la letra de la Ley no cabe el concurso de herencia, *no habría que recurrir siempre al concurso del heredero.* Así, tradicionalmente se habría admitido por la doctrina que el mantenimiento de la comunidad hereditaria (la herencia aceptada puramente cuando no se ha partido) *permite que la herencia sea declarada en concurso, manteniéndose además indivisa (como señala el artículo 182 LC, durante la tramitación del procedimiento).* «Es correcto decir que la posibilidad de que la herencia sea declarada en concurso depende de que haya o no confusión del patrimonio hereditario con los de los herederos; en cambio, no lo es unir unívocamente dicha posibilidad de declarar en concurso a la herencia *con determinadas formas de aceptación, porque no todos admiten que la aceptación pura y simple produzca una completa confusión de patrimonios*». La Ley concursal partiría en el fondo de esta premisa, aunque no la habría explicado correctamente. *Lo que cabe, habiendo aceptación pura, es la quiebra conjunta de herencia y heredero o herederos* [como previó el Anteproyecto de 1995]. Es lo que LACRUZ llama «quiebra conjunta», señalando: «si el heredero, sin tener fondos con que pagar todas las deudas de la herencia en quiebra o concurso, era, antes de perder el beneficio de inventario, personalmente solvente, la herencia se liquidará primero en quiebra, concurriendo los acreedores del caudal con la prelación que tenían frente al causante; ulteriormente, la parte no satisfecha se liquidará, igualmente en quiebra o concurso sobre el patrimonio insuficiente del heredero, *pero entonces guardando los acreedores hereditarios la prelación que les corresponda en relación a este, y no al causante.* Dígase lo mismo, *a fortiori*, si, a su vez, el heredero también se hallaba, inicialmente en situación personal de insolvencia. *Puesto que el caudal relicto conserva, aun en caso de aceptación pura y simple, su afección a las deudas, la liquidación concursal ha de ser autónoma*». Añadiendo ESPEJO LERDO DE TEJADA que «esto es justamente lo que procede en el caso que estamos analizando: aunque no sea posible la declaración de concurso de una herencia aceptada pura y simplemente, lo que procede hacer no es declarar en concurso, sin más, a los herederos, sino que la declaración de concurso *debe ser conjunta de los patrimonios personales de los herederos y de la herencia. Esto implica que no se deben confundir por completo las*

masas patrimoniales en presencia, sino que se las debe distinguir en todo aquello que, jurídicamente las separe. Y en ese sentido, como la aceptación pura y simple lo que supone es la confusión del patrimonio hereditario con el del heredero, en perjuicio de este, no se debería admitir que la confusión actúe también en perjuicio de los acreedores de la herencia. A nuestro juicio, eso es lo que defiende la tesis de LACRUZ y eso es también lo que procede en el sistema de la LC». Entender que lo único que cabe, en caso de aceptación pura y simple, es el concurso de los herederos sería un error «porque esa solución no permitiría hacer justicia al sistema sucesorio relativo a las deudas de la herencia. La única solución razonable para conjugar ambos requerimientos es la de admitir que estamos ante una hipótesis de concurso conjunto de varias masas patrimoniales, a ciertos efectos confundidas, [en daño del heredero], pero, a otros efectos separadas [en beneficio de los acreedores hereditarios]» (ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, págs. 1914-1920). Coinciden, pues, ALBALADEJO, LACRUZ BERDEJO, ESPEJO LERDO DE TEJADA y YÁNEZ VIVERO.

¹⁵ Cfr. BOLAS ALFONSO, J. (2005). «El concurso del causante, de la herencia y del heredero». En: *Estudios sobre la Ley Concursal*. Libro Homenaje a Manuel Olivencia. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, pág. 1791.

¹⁶ «Por ello, fallecido el quebrado, cualquier acreedor podría requerir a los herederos ante el Juez de la quiebra para que aceptaran o repudiaran la herencia. El principio básico era el de que, aunque el fallecimiento del quebrado dejaba sin sentido los efectos personales de la quiebra por la extinción de la personalidad jurídica del causante, no obstante el procedimiento de quiebra continuaba, de manera que el fallecimiento del quebrado no provocaba ni la conclusión ni la paralización del juicio de quiebra» (BOLAS ALFONSO, 2005, pág. 1791). En este sentido cabe citar el AAP de Valencia (Sección 6.ª), de 4 de octubre de 2001. El Juzgado que conocía de la quiebra de D. José F. M. había archivado la causa dada la imposibilidad de realizar el activo del deudor fallecido por inexistencia del mismo. La Compañía mercantil Tubos y Repuestos de Plásticos S.A., interpuso recurso de apelación alegando que la Sentencia dictada por esta Sala de 23 de noviembre de 1999 había fijado la fecha de retroacción de la quiebra en el 12 de noviembre de 1993, ya que el quebrado procedió en la misma a otorgar escritura de donación de sus bienes inmuebles a favor de sus hijos, quedando en esta forma en situación de insolvencia, y que los órganos de la quiebra no habían iniciado acciones tendentes a su reintegración a la masa, como era su obligación. Y que el fallecimiento del quebrado no supone el sobreseimiento de la quiebra, a lo que no es obstáculo el que los herederos hayan renunciado a la herencia, pues tal renuncia nunca podría perjudicar a terceros acreedores legítimos. A estos argumentos responde la Audiencia, estimando el recurso: «PRIMERO. Las cuestiones planteadas son: 1.º) Si el fallecimiento del quebrado debe determinar el archivo del expediente de quiebra. 2.º) Si la falta de activo realizable debe determinar el archivo del expediente de quiebra. SEGUNDO. La primera cuestión merece en nuestro derecho positivo una respuesta negativa, de manera que el fallecimiento del deudor quebrado no determina el archivo del proceso de quiebra por cuanto expresamente prevé el artículo 1053 de la LEC de 1881 que «las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios». De manera que si ese fallecimiento, caso de que se hubiera producido con antelación, no habría sido obstáculo para que se pudiera iniciar el expediente declarando en estado de quiebra la testamentaria del comerciante deudor; tampoco la muerte producida con posterioridad a la incoación debe determinar el archivo. Tal planteamiento no cambia porque los herederos legítimos del comerciante fallecido hayan renunciado a su herencia. La herencia yacente existe como patrimonio separado y puede ser objeto de ejecución en el procedimiento universal de quiebra sin límite ni restricción ninguna al derecho de defensa.

TERCERO. Tratándose la quiebra de un proceso de ejecución, no parece discutible que se debe archivar si no existen bienes que ejecutar. Así parece desprenderse también de la aplicación supletoria de las normas del concurso de acreedores al caso de quiebra (art. 1319 LEC) lo que permite establecer como causas de terminación de esta, la satisfacción de todos los acreedores o la inexistencia de activo realizable (art. 1294). Sin embargo, la cuestión es si existe o no activo realizable en la quiebra de que se trata. La Sentencia dictada por la Sección 8.ª de esta Audiencia en 23 de noviembre de 1999 hacía referencia al momento en que se

debía fijar la fecha de retroacción de la quiebra, el día 12 de noviembre de 1993, toda vez que «... el quebrado procedió a otorgar escritura de donación de sus bienes inmuebles a favor de sus hijos, quedando de esta forma en situación de insolvencia». Sin embargo, el Comisario y el Depositario, mediante escrito de 14 de Septiembre de 2000, pusieron de manifiesto la imposibilidad de llevar a cabo la diligencia de ocupación de bienes, *no que no existan activos, pues activos son precisamente los muebles [léase «bienes»] inmuebles objeto de donación a los hijos del quebrado dentro del periodo de retroacción. En consecuencia, existiendo activo patrimonial, no procede el archivo del expediente sino la continuación de este por sus trámites».*

¹⁷ BOLAS ALFONSO, 2005, pág. 1792.

¹⁸ Señala BLANQUER ÜBEROS que es indiferente que el causante hubiese dispuesto por testamento antes o después de ser declarado en concurso. El artículo 40.6 viene a subrayar que la declaración de concurso no priva al concursado de su capacidad para testar, para disponer de su patrimonio *mortis causa* (ya esté sujeto a intervención o a suspensión). Ahora bien, la norma subrayaría que la última voluntad no puede influir en los efectos que la declaración de concurso pueda producir sobre la sucesión *mortis causa* del concursado, que pueda abrirse durante la tramitación del procedimiento de concurso (Cfr.: BLANQUER ÜBEROS, R. (2005). Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, págs. 162).

¹⁹ Cfr. BOLAS ALFONSO, 2005, pág. 1799.

²⁰ ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, 1912. Según otra opinión «si el concursado fallece durante la tramitación del procedimiento concursal, el concurso continúa como concurso de la herencia, *salvo que los herederos acepten la herencia pura y simplemente, en cuyo caso termina*. En este caso se ha de aplicar lo dispuesto en la normativa procesal civil (LEC art. 16), en cuanto a la comunicación de este hecho al órgano judicial». LEFEBVRE, F: (2011). *Memento práctico Concursal, 2012*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S. A.

²¹ YÁÑEZ VIVERO, 2012, 3557.

²² *Ibidem*, 3558. De acuerdo con el AAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 29 de abril de 2009, parecería que lo que procede es una interpretación integradora del artículo 1.2 y 182 LC. En el caso, D. Fausto solicita se le declare en situación de concurso voluntario, lo que se le deniega en la instancia al considerar que ni se da la situación objetiva de insolvencia (al ser el valor de la residencia familiar y de 42 fincas rústicas, superior al pasivo en más de 400.000 euros), ni poderse cumplir la finalidad del proceso concursal, cuando los dos únicos acreedores son acreedores hipotecarios, con privilegio especial, con un derecho de ejecución separada cuya suspensión no cabía en el caso [que era lo que debía pretender el solicitante], pudiendo actuar ambos, como ya habían hecho, al margen del proceso concursal instando los correspondientes procesos de ejecución hipotecaria. Recurrido el auto en apelación, la Audiencia Provincial destaca que el causante tiene otros cinco hijos más (aparte de D. Fausto), también designados herederos en testamento, no estando acreditado que el solicitante y apelante tenga la consideración de deudor de los créditos hipotecarios, sobre lo cual pretende su declaración de concurso. «Si el mismo apelante habla de herencia yacente [de la que se dice representante], esta y no él, será la deudora que pudiera ser declarada en concurso. Es más, *si todos los herederos, cuya aceptación no consta, la aceptaran a beneficio de inventario, podría continuar el concurso de la herencia, o ser declarado el concurso de la misma ya que no se produce confusión de patrimonios del aceptante y caudal hereditario*». También es partidario de una interpretación integradora el AJM de Málaga de 23 de junio de 2008, en el que se declara el concurso voluntario de la herencia de D. Iván, instado por el administrador judicial de la herencia, nombrado en un proceso de medidas cautelares a los efectos de aseguramiento de un procedimiento sobre validez de los actos de última voluntad del fallecido. Con arreglo a los artículos 632 y 633 LEC, 1026 del Código Civil y 798 LEC se considera que tal administrador judicial es el administrador de la herencia y ha de promover todos los pleitos y realizar todas las actuaciones necesarias para la conservación de la herencia en los términos previstos en el Código Civil, reconociéndosele legitimación (al igual que al administrador nombrado en procedimientos de división de patrimonios hereditarios, albacea y otros), para solicitar la declaración de concurso. Considerándose que la situación, en conjunto, es de sobreseimiento general en pagos, determinado por la falta de liquidez, y existiendo una sociedad paralizada perteneciente a la masa hereditaria,

se declara el concurso de la herencia y se considera que son efectos del mismo: «Conforme al artículo 182.2 LC la representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. De esta forma y existiendo una administración judicial esta tiene la representación de la herencia sin perjuicio de que la terminación del procedimiento del que dimana o de la terminación de las funciones encomendadas en función de la pieza de medidas cautelares obligaría a los herederos a nombrar a o los terceros a solicitar conforme a derecho, nuevo representante. Conforme al artículo 182.3 LC la herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso a cuyos efectos procede oficiar a los juzgados en donde se tramitan procedimientos a los efectos de hacerles constar lo referido y lo previsto en el artículo 55 LC. De conformidad al artículo 40.5 LC corresponde a los administradores concursales las facultades de administración y disposición», teniéndolas suspendidas el administrador judicial, que queda sujeto a la administración concursal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 40 LC.

²³ BLANQUER UBEROS, R. (2005). «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones». *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 43, pág. 155. En este sentido se pronuncia el ATS de 25 de septiembre de 2012. La Sindicatura del concurso de acreedores de D. José Pablo y Dña. Estrella interpuso recurso de casación contra sentencia dictada por la AP de Barcelona. Metrega S. A. se opuso al recurso de casación, comunicó el fallecimiento de D. José Pablo y solicitó se tuviera por desistida a la parte recurrente (D. José Pablo), al amparo del artículo 16 LEC. El TS señala que la parte recurrente es la Sindicatura del concurso de acreedores de dos personas, entre las que se encuentra el fallecido, teniendo esta sindicatura capacidad procesal y para ser parte en el procedimiento, habiéndose opuesto a que se la tenga por desistida. El artículo 182 LC regula las consecuencias del fallecimiento del concursado, indicando que debe continuarse la tramitación del concurso, «sin que la muerte del concursado suponga la conclusión del concurso ni la extinción de su capacidad para continuar el procedimiento. Por tanto, no ha lugar a tener por desistida a la parte recurrente del presente procedimiento, debiendo continuarse la tramitación del presente recurso de casación, sin que la muerte del concursado afecte a la misma y sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que dentro del concurso pueda tener esta circunstancia». Como señala ORDUÑA MORENO «el fallecimiento del concursado opera la apertura de la sucesión con el correspondiente llamamiento a los posibles herederos. En este sentido se puede afirmar que la gestión de la herencia yacente vendrá asumida por la administración concursal a la que corresponde el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto. Esta consecuencia, empero, no determina la absoluta exclusión de las posibles facultades que pueden realizar los herederos, el albacea o el administrador testamentario en línea al cumplimiento de la voluntad testandi contenidas en las disposiciones testamentarias de índole sucesoria o en la protección de determinados bienes (acciones de filiación, acciones de protección del honor, la intimidad o la imagen, de integridad de la obra intelectual, etc.). Por otra parte, la administración concursal viene obligada a proseguir con los pronunciamientos ya contenidos en el auto de declaración de concurso, especialmente respecto de la propuesta de convenio o de liquidación solicitada por el fallecido, así como respecto de los actos de administración y disposición también realizados bajo autorización o confirmación de los administradores concursales (arts. 21.1 y 40.1) ... De todos modos, se produce un cambio tanto en el presupuesto subjetivo del concurso, donde la herencia deviene como nuevo sujeto procesal del procedimiento (arts. 657, 1023.3º CC y 6.4º LEC) como en la posible continuidad de la intervención concursal, decretándose, por imperativo de la Ley, el pleno ejercicio de las facultades de disposición y gestión de la herencia a cargo de la administración concursal (arts. 40.5 y 182.1 LC)» (ORDUÑA, 2014, 2703), quedando sin efecto, hasta que concluya el concurso, las disposiciones testamentarias relativas a la gestión de la herencia que el testador hubiese realizado a favor de los propios herederos, del administrador nombrado a tal efecto o, en su caso, del albacea testamentario (ORDUÑA, 2014, pág. 2705). CÁMARA ÁGUILA señala que en este caso «la administración y disposición del caudal relicto corresponde a la administración concursal; pero no corresponderá a esta última la representación en el proceso del patrimonio en liquidación. Esta facultad quedará reservada a los administradores hereditarios, esto es, a quienes correspondería la administración de la herencia si no estuviera pendiente el concurso» (CÁMARA ÁGUILA, 2004, 1859).

²⁴ Cfr.: *Ibidem*, págs. 156. La administración de la herencia puede constituirse también testamentariamente, si nombró un administrador el testador, o atribuyó tales funciones al albacea. PÉREZ DE VARGAS considera que, si ha habido aceptación pura y simple, serán normalmente los herederos o persona por ellos designada quienes ostenten la representación de la herencia. No mediando acuerdo, el juez está facultado para nombrar representante, «por lo que lo más lógico será que nombre a los administradores concursales (art. 795 en relación con el art. 798.2º LEC)». Si la aceptación se ha producido con el beneficio de inventario, regirá lo dispuesto en el artículo 1026 del Código Civil, deduciendo el autor del mismo que la representación la ostentarán los administradores concursales. Si la herencia está todavía yacente, la representación corresponderá a los administradores concursales (art. 798 LEC). (PÉREZ DE VARGAS, 2004, 72). Como señala ORDUÑA MORENO, «la continuación del procedimiento [concurso del fallecido como concurso de la herencia] supone la validez y permanencia de la respectiva solicitud resuelta con anterioridad, ya por el propio deudor, ahora fallecido, o declarado legalmente fallecido, o bien por sus acreedores. Por tanto, la representación [de la herencia] opera realmente como una consecuencia derivada de la necesaria sucesión procesal que se produce con la muerte de la persona, tal y como establece la LEC «cuando se transmita *mortis causa* lo que sea objeto del juicio, la persona o personas que sucedan al causante podrán continuar ocupando en dicho juicio la misma posición que este, a todos los efectos (art. 16.1)». A los herederos les asiste, por tanto, tanto la consideración procesal de parte en el proceso, como el reconocimiento de un interés legítimo en su sustanciación (art. 6.1 LEC). Si el causante dispuso el nombramiento de un albacea administrador facultado para la defensa y representación de la herencia (art. 902 CC), no existe inconveniente en compatibilizar sus funciones e intereses con los de los herederos. A los herederos la representación les viene dada por la propia sucesión procesal del objeto del juicio, mientras que el albacea administrador viene legitimado por el testamento, lo que justifica, dentro de las funciones encomendadas, su participación como parte en el proceso, con un interés legítimo en el resultado del mismo (art. 13 LEC). Si estando la herencia yacente, se insta la administración judicial de la misma, el administrador nombrado será el representante de la herencia. Si no se insta tal administración judicial, «debe entenderse que el juez del concurso viene facultado para dicho nombramiento aplicando las normas relativas del juicio abintestato en tanto no se produzca la entrada en vigor de la futura ley de jurisdicción voluntaria (arts. 959 y 1008 LEC 1881). De todos modos, la representación de la herencia por los herederos o los administradores no implica el ejercicio de las facultades de administración y disposición de los bienes de la herencia, pues la sustitución de dichas facultades a favor de la administración concursal viene decretada de forma imperativa por la Ley (art. 40.5 LC). Respecto del emplazamiento y consiguiente personación de los sucesores del concursado fallecido o declarado legalmente fallecido, la ley remite a la aplicación de las normas de sucesión procesal previstas en la LEC... En este sentido, y en defecto de personación voluntaria de los sucesores del deudor en los cinco días siguientes a la constancia judicial del hecho de la defunción o su declaración, el juez del concurso procederá a la aplicación de las normas sobre sucesión procesal (arts. 16.2 y 3 LEC)». (ORDUÑA MORENO, 2014, págs. 2706-2707).

²⁵ BLANQUER UBEROS, 2005, 157-158.

²⁶ *Ibidem*, págs. 158.

²⁷ CÁMARA ÁGUILA, 2004, pág. 1860.

²⁸ BLANQUER UBEROS, 2005, pág. 159.

²⁹ Señala CÁMARA ÁGUILA que «la sucesión afecta a la titularidad del patrimonio del causante, pero no supone la desaparición de la individualización del patrimonio. El patrimonio del causante continúa diferenciado,... ya acepte el heredero pura y simplemente o a beneficio de inventario. Las deudas no cambian de patrimonio, es el patrimonio el que cambia de titular. Entre otras, la independencia del patrimonio hereditario se manifiesta en la posibilidad de que este pueda ser declarado en concurso con independencia del patrimonio del heredero. Pero ello, creo, en contra de lo que afirman algunos autores y aparece ahora consagrado en el artículo 1.2 LC, con independencia de si el heredero ha aceptado o no a beneficio de inventario. ... Los acreedores conservan todas las posibilidades de acción contra el patrimonio hereditario; lo que sucede es que si los herederos no gozan del beneficio

de inventario, entonces se refuerza su posición, pudiendo pasar a agredir los bienes de los herederos,... El efecto del beneficio de inventario es *solo* el de limitar la responsabilidad del heredero. Como puede desprenderse del artículo 1023 del Código Civil, la pérdida del beneficio de inventario no afecta en *daño de los acreedores* a la subsistencia del patrimonio. *Ciertamente, podría decirse que la discusión es más teórica que real, en la medida que parece inimaginable que alguien quiera aceptar la herencia de alguien declarado en concurso, sin acogerse al beneficio de inventario. Aunque es más posible que los herederos pierdan el beneficio de inventario, al sustraer u ocultar algunos efectos de la herencia [art. 1002 CC]... Y así, si el heredero aceptara pura y simplemente, la separación automática de patrimonios que en todo caso se produce conllevaría a que sobre el patrimonio del causante tendrían preferencia para cobrar sus acreedores —y después de estos los legatarios—, sobre los acreedores del heredero. ... Si uno o varios herederos no gozaran del beneficio de inventario, entonces habría que ver si los propios bienes de la herencia sirven para satisfacer a los acreedores hereditarios. Si es así, creo que no se ha de plantear ningún problema. El problema se planteará si los bienes no fueran suficientes, en cuyo caso procederá dirigirse contra el patrimonio del/los herederos, mediante ejecuciones singulares —hay que tener en cuenta que ahí concurrirán con los propios acreedores del heredero, y habrá que estar al régimen general de la prelación de créditos— lo que a su vez puede desembocar en un nuevo concurso —ahora sí, el del heredero. En el caso que venimos analizando —concurso declarado a la muerte del deudor y en fase de tramitación—, los acreedores podrán instar judicialmente a los llamados a la herencia —art. 1004 CC— para que acepten o repudien, debiendo señalar el Juez un plazo no superior a 30 días para que declare si acepta o repudia el llamamiento, entendiéndose aceptado si no hacen ninguna declaración —art. 1005 CC— (CÁMARA ÁGUILA, 2004, págs. 1856-1858)*

³⁰ BLANQUER UBEROS, 2005, pág. 161. En este sentido se pronuncia PÉREZ DE VARGAS quien señala que la declaración legal de que el concurso no finaliza por muerte o declaración de fallecimiento del concursado no significa que los llamados a la herencia no puedan aceptar o repudiar, y que si aceptan pura y simplemente de forma voluntaria, o bien porque se le imponga este tipo de aceptación, al responder el heredero *ultra vires*, si logra pagar la totalidad de los créditos reconocidos, o logra la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio, el concurso habrá concluido en el estado en que se encontrase, y se procederá al archivo de las actuaciones como preceptúa el artículo 176.1.3°. El autor no se plantea la posibilidad de que tal aceptación determine la insolvencia del heredero puesto que considera que esta forma de aceptación es la mejor solución cuando se tiene certeza de que el activo es superior al pasivo; que aceptar utilizando el beneficio de inventario es la medida más razonable cuando se duda de la consistencia del as hereditario y que se repudia normalmente en todos los casos en que se tiene constancia de que el pasivo hereditario es superior al activo (PÉREZ DE VARGAS, 2004, 54-55, 71).

³¹ BLANQUER UBEROS, R, 2005, págs. 161-162.

2. DERECHO MERCANTIL

Reflexiones acerca del Anteproyecto de Código Mercantil y la doctrina de los Tribunales sobre la rescisión por lesión

Reflections on the Preliminary Business Code Bill and Court Doctrine on Rescission Due to Injury

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: El hecho de que en el Anteproyecto de Código Mercantil desaparezca la prohibición de la rescisión por lesión en la compraventa mercantil tal y como hace el vigente artículo 344 del Código de Comercio puede suscitar de nuevo el problema sobre la aplicación supletoria o no del derecho civil autonómico correspondiente y reconocedor de dicha institución, en función de la interpretación que se realice también de la sustitución del término «Derecho común» por el de «legislación civil», que también se realiza en el Anteproyecto de Código Mercantil.

ABSTRACT: *Section 344 of the prevailing Spanish Code of Commerce prohibits the pre-eminently regional Spanish legal concept of rescission due to injury in business sales. The preliminary Business Code bill no longer does so, and therefore it may revive the problem of whether or not regional civil law that does recognize rescission due to injury should be applied in a supplementary capacity. The answer also depends on the interpretation of another change in the preliminary Business Code bill, the replacement of the term «general law» with «civil legislation».*

PALABRAS CLAVE: Derecho contractual. Anteproyecto de Código Mercantil. Rescisión por lesión

KEY WORDS: *Contract law. Preliminary Business Code bill. Rescission due to injury*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.—III. REFLEXIONES ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA RESCISIÓN POR LESIÓN.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro trabajo anterior enviado a publicar en esta Revista Crítica de Derecho Inmobiliario expusimos la cuestión sobre la supresión del término Derecho

común en favor del de legislación civil en el Anteproyecto de Código de Mercantil («ACM») presentado el día 30 de mayo de 2014 en relación con la problemática relativa a la integración del Derecho mercantil proyectado, donde además ya manifestamos nuestra opinión contraria a dicha codificación proyectada en cuanto a la difícil dualidad y coexistencia que supondrá el ACM con nuestro Código Civil, por la problemática que generará con las Comunidades Autónomas de derecho foral o derecho civil especial, así como por el hecho del alejamiento que supone a nuestro juicio de lo que conocemos como armonización del Derecho privado europeo y lo que deberían ser las bases de su construcción¹.

Pues bien, en el presente nos proponemos exponer un ejemplo problemático que se puede suscitar en la práctica y que tiene una íntima conexión con lo anterior. Nos estamos refiriendo al problema de la rescisión por lesión en la compraventa mercantil que puede suscitarse tras la desaparición en la legislación proyectada de lo previsto en el vigente artículo 344 del Código de Comercio, el cual claramente aborda la cuestión desde una negativa rotunda a la admisibilidad de la rescisión por lesión en la compraventa mercantil al prever expresamente lo siguiente:

«Artículo 344

No se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal».

Resulta conveniente reseñar cuáles han sido, según el codificador, los principios que han inspirado la proyectada reforma de la compraventa mercantil, que se observan en los siguientes apartados de la Exposición de Motivos del ACM que por su interés a los efectos del presente trabajo transcribimos:

«VI-23. La nueva disciplina, que se incluye en el Capítulo I del Título I del Libro quinto del Código, persigue tres objetivos. En primer término, trasladar al nuevo Código los imperativos de la nueva realidad económica y fomentar la flexibilidad de la regulación a fin de que pueda adaptarse a las actuales y venideras necesidades del tráfico mercantil. En segundo lugar, la de promover la supresión de trabas que dificulten la circulación de bienes y perturben el principio constitucional de unidad de mercado. Finalmente, la de aproximar el Derecho español a los ordenamientos de nuestro entorno, lo que es obligado cuando se trata de la Unión Europea, y conveniente fuera de ella para fomentar y facilitar las operaciones transfronterizas.

VI-24. Estos objetivos explican que la nueva regulación adopte como modelo, en primer término, la Convención de Naciones Unidas sobre la venta internacional de mercaderías elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), acordada en Viena en 1980, considerando las resoluciones judiciales que la han interpretado. Así como otros textos no legislativos, pero que expresan la vocación uniforme de este sector del ordenamiento, como los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT) o los Principios de Derecho europeo de los contratos.

(...)

VI-31. La proliferación de normativas autonómicas que disciplinan de forma diversa idénticos supuestos de hecho impone barreras artificiales a los intercambios de bienes y servicios, al tiempo que dificulta las relaciones comerciales con evidente perjuicio para empresarios y consumidores amenazando la unidad de mercado que

promueve la Constitución. La nueva disciplina nace con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia».

Así pues el recurso al principio de la unidad de mercado² desde un principio de atribución estatal constitucional de competencias legislativas se erige como criterio rector para que la nueva disciplina [la relativa a la compraventa mercantil] nazca con vocación de aplicación general en todo el territorio nacional, incluido el atribuido a las Comunidades Autónomas con legislación civil propia³.

Como creemos, ha de sostenerse que la integración normativa de una laguna típicamente mercantil ha venido y debería seguir haciéndose mediante el recurso a la aplicación única y exclusivamente de la norma mercantil estatal que el intérprete jurídico encuentre para dicha integración legal, de acuerdo con la competencia constitucional estatal mercantil existente, máxime a la luz de la jurisprudencia citada en materia de seguros.

Ahora bien, como opinamos puede sostenerse interpretativamente que el hecho de que en el ACM desaparezca el concepto jurídico de *Derecho común* en detrimento del de «legislación civil», hace que la integración normativa de una laguna que derive de un contrato mercantil pero referente a un concepto de derecho civil haya de realizarse, igualmente, desde la aplicación por el intérprete de la norma civil estatal que pueda sustentar el caso analizado en función del alcance constitucional de dicho concepto y de la distribución competencial que realiza al respecto nuestra Carta Magna, sin que pudieren utilizarse en su contra los consabidos argumentos de la aplicación territorial de la norma civil autonómica; más allá de lo justificable, deseable, conveniente o no, que pueda suponer una unificación del derecho supletorio en la norma estatal al amparo del citado principio de unidad de mercado.

Pese a ello y al encontrarnos dentro la labor hermenéutica, con la lógica incertidumbre que el resultado de la misma puede ofrecernos en estos momentos, consideramos que la consumación de la eliminación del artículo 344 del Código de Comercio del ACM nos ofrecerá —a buen seguro— un grave problema en la práctica jurídica, a saber, la determinación de si en los territorios de derecho civil autonómico que reconocen tradicionalmente la rescisión por lesión (las Comunidades Autónomas de Navarra y Cataluña) en la compraventa, los juzgados y tribunales con sede en dichos territorios tendrán la inclinación de fallar en los asuntos cuyo enjuiciamiento se le sometan y versen sobre esta cuestión admitiendo la rescisión por lesión en la compraventa mercantil sosteniendo que la integración del supuesto (ante el silencio del ACM y si definitivamente se consagra el mismo en el texto del Código Mercantil que resulte aprobado por las Cortes Generales) ha de realizarse desde la aplicación de la correspondiente norma civil autonómica reconocedora del derecho de rescisión por lesión en la compraventa, máxime a luz de las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña expansivas en la aplicación del referido derecho, como según tendremos ocasión de exponer.

Por ello, no se entiende bien y parece un claro contrasentido, la eliminación del referido artículo 344 del Código de Comercio si tenemos en cuenta que a la luz de la Exposición de Motivos el principio inspirador de la compraventa mercantil en el ACM es el de la unidad de mercado para que la regulación de la misma se aplique por igual en todo el Estado español, incluidos los territorios que gocen de derecho civil propio, así como en función de la clásica exclusión de la rescisión por lesión en nuestro Derecho mercantil.

II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La lesión tiene su claro origen como afirma MOISSET DE ESPANÉS⁴ en el Derecho romano de la siguiente forma: «en estas circunstancias se ve aparecer un texto legal que, por primera vez, combate la lesión con cierto carácter de generalidad. Nos referimos a un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano, dado en respuesta a la consulta formulada por uno de sus súbditos, y en virtud del cual se autorizaba la rescisión de la venta de un inmueble efectuada por menos de la mitad del justo precio. Esta decisión data del año 285; ha llegado hasta nosotros porque fue reproducida e incorporada en el Corpus Iuris Civilis (Código 4-44-2) y dice: Si tú o tu padre hubiereis vendido por menos precio una cosa de precio mayor, es humano, o que restituyendo tú el precio a los compradores, recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez, o que, si el comprador lo prefiriere, recibas lo que falta al justo precio. Pero se considera que el precio es menor, si no se hubiera pagado ni la mitad del precio verdadero».

El Fuero Juzgo, Libro 5 (De las avenencias é de las compras), Título 4 (De las cambias é de las vendiciones) Ley 7, desprecia la rescisión por lesión al afirmar que: «*si alguno omne vende algunas casas, tierras, ó vinnas, ó siervos, ó siervas, ó animalias, ó otras cosas, no se debe por ende desfazer la vendición porque diz que lo vendió por poco*».

La Ley 5 del Título X del Libro III del Fuero Real incorpora la rescisión, dada su influencia del Derecho romano postclásico, al establecer lo siguiente: «*Ningún home no pueda desfazer vendida que faga, por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdad, fuera ende si la cosa valía, cuando la vendió más de dos tanto de por quanto la dio*».

La Partida V, Título V, Ley 56 regula incluso la rescisión «*ultra dimidium*» al prever que: «*Otrozi dezimos, que se puede desfazer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio, que pudiera valer en la sazón que la fizieron. E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador, quel cumpla, sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa entonces podría valer segund derecho. E si esto non quisiere fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor e recibir del el el precio que auia dado por ella*».

Asimismo, el amplio reconocimiento de la figura⁵ se plasma en el Libro X, Título I, Ley 2 de la Novísima Recopilación cuando se establece que: «*Si el vendedor o comprador de la cosa dixere que fue engañado en más de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dixere que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedies o el comprador dixere que lo que valió diez, dio por ello más de quince, mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valía la cosa al tiempo que fue comprado o la de dexar al vendedor, tornánddole el precio que rescibió y el vendedor debe tomar al comprador lo demás del derecho precio que le llevó o de tomar la cosa que vendió y tornar el precio que rescibió; y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios y en los otros contratos semejables y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda*».

La restricción enorme de la figura se efectúa en el Proyecto de Código Civil de 1851, en sus artículos 1164 y 1165, donde se restringe la rescisión por lesión a los casos de restitución de bienes enajenados por tutores o curadores; rescisión por fraude de acreedores; y casos puntualmente señalados en la Ley. GARCÍA GOYENA⁶, tras un análisis comparado de la cuestión, justifica el rechazo a una

regulación generalizada de la rescisión por lesión, cuando afirma lo siguiente: «los Códigos antiguos y modernos en: el punto de rescisión por lesión enorme. Algunos la rechazan: absolutamente, otros, la admiten. Entre estos segundos, unos la conceden á solo el vendedor; otros á solo el comprador; otros, á los dos. Unos la admiten, solo en la venta de inmuebles; otros, en la de todas las cosas; unos admiten su renuncia, otros la prohíben ó anulan: unos la rechazan cuando el vendedor conoció la lesión al tiempo de la venta; otros, no: unos hablan vagamente de lesión: en más de la mitad; otros quieren que haya de ser de mas de siete dozavos: unos limitan la acción á solos dos años; otros la alargan á cuatro, cinco, y hasta treinta. Tanta perplejidad y contradicción no son mejor prueba ó apología de la justicia y conveniencia de esta especie de rescisión».

En el ámbito mercantil, la crítica de GARCÍA GOYENA a una posible inclusión en el mismo de la rescisión por lesión, es demoledora al decir lo siguiente: «Y no olvidéis, que las ventas y negociaciones industriales son hoy día más importantes que las de los bienes inmuebles: si no envolvéis en la rescisión las primeras, sois inconsiguientes: si las envolvéis, introducís el caos; matais la industria y el comercio»⁷.

Sin duda con dicha crítica, GARCÍA GOYENA se estaba refiriendo al vigente por entonces Código de Comercio de SÁINZ DE ANDINO que en su artículo 378 proscribía la rescisión por lesión de las ventas mercantiles (del que resulta heredero nuestro vigente artículo 344 del Código de Comercio) de la siguiente forma: «*las ventas mercantiles no se rescinden por lesión enorme ni enormísima, y solo tiene lugar la repetición de daños y perjuicios contra el contratante que procediere con dolo en el contrato o en su cumplimiento*» de ahí que GARCÍA GOYENA opinara que si se introducía la rescisión por lesión con carácter amplio en el Código Civil se era inconsistente con la postura mantenida por el Código de Comercio y que una regulación de la misma en la materia mercantil supondría el caos y se mataría a la industria y al comercio.

BACARDI⁸, uno de los autores mercantilistas de la época, justificaba la exclusión de la rescisión por lesión en la compraventa mercantil del siguiente modo: «Estos principios dictados únicamente por un espíritu de equidad y de justicia y que apenas pueden tolerarse en el derecho civil no podían subsistir en el comercio, en el que el gran número de circunstancias modifican el precio de las cosas y en los que el espíritu de especulación haciendo circular los jéneros con la mayor rapidez hacía las rescisiones del todo imposible o cuando menos muy complicadas. Así es, que en las ventas mercantiles no se rescinden por la lesión enorme, esto es en algo más de la mitad del justo precio, ni por la enormísima que es cuando escede en el duplo, triple o cuádruplo al valor de la cosa, o no llega ni con mucho a la mitad de este».

Con estos antecedentes llegamos a los artículo 1291 y 1293 del vigente Código Civil que solo permite la rescisión por lesión en los casos de ventas de los tutores sin autorización judicial siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquellos, así como en los contratos celebrados en representación de los ausentes, siempre que estos hayan sufrido la lesión antes citada. También en el Derecho español, la rescisión por lesión se recoge en la partición de herencia (arts. 1073 a 1081 CC) y la Jurisprudencia ha admitido la rescisión por lesión en la liquidación del patrimonio de la sociedad ganancial⁹.

En el trabajo realizado por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación con título Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho

de Obligaciones y Contratos¹⁰, en el artículo 1310 se admite la misma rescisión por lesión que establecen los vigentes artículos 1291 y 1293 del Código Civil.

Sin embargo, en el derecho civil autonómico encontramos una regulación de la rescisión por lesión en Navarra y Cataluña.

De esta forma, la rescisión por lesión viene regulada en las Leyes 499-507 de la vigente Compilación de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

En el ámbito mercantil¹¹ puede observarse que de acuerdo con la tradicional amplitud de la regulación de la rescisión por lesión en el Derecho navarro se concede también acción a la contraparte de la compraventa mercantil que no sea el comerciante en los negocios propios de su ramo, desapareciendo la posible contradicción con el vigente artículo 344 del Código de Comercio al desaparecer este en el ACM y de acuerdo con el criterio de mercantilidad de la compraventa que ofrece el artículo 511-1 del ACM que prevé lo siguiente: «*Es mercantil la compraventa realizada en el ejercicio de alguna de las actividades expresadas en el artículo 001-2 de este Código, siempre que, además, estén sujetos al propio Código el comprador o el vendedor. Si la compraventa tiene naturaleza mercantil en razón de una de las partes contratantes, ambas quedarán sometidas por igual a las disposiciones de este Código, sin perjuicio de la aplicación de la legislación sobre protección del consumidor*». en consonancia con la que puede denominarse, al menos, como desproporcionada atribución subjetiva y objetiva de la mercantilidad que acoge el ACM^{12, 13}.

Por otro lado, en los vigentes artículos 321 a 325 del Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, se regula la institución de la rescisión por lesión en Cataluña hasta la aprobación del Libro VI de las obligaciones y contratos del Código Civil de Cataluña, en los que se permite la figura de la rescisión por lesión *ultra dimidium* para los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso, relativos a bienes inmuebles, en que el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez.

Como reiteradamente viene recogiendo el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en relación con dicho carácter objetivo de la regulación de la figura, en la Compilación vigente, el abandono de la tradicional expresión catalana de *engany de mitges* coincide, según la doctrina más autorizada, con la atribución de un fundamento puramente objetivo a la rescisión por lesión. Los contratos onerosos relativos a bienes inmuebles serán rescindibles, aunque concurren todos los requisitos necesarios para su validez, cuando el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio (art. 321.1 de la Compilación de Cataluña). No se requiere la concurrencia de error, engaño o necesidad que, según su trascendencia, podría determinar la ineficacia del contrato con sujeción a las normas comunes del derecho de obligaciones.

No procederá esta acción rescisoria en las compraventas o enajenaciones hechas mediante pública subasta, ni en aquellos contratos en los que el precio o contraprestación haya sido decisivamente determinado por el carácter aleatorio o litigioso de lo adquirido o por el deseo de liberalidad del enajenante. En las ventas a carta de gracia o con pacto de retroventa no podrá ejercitarse dicha acción rescisoria hasta que se haya extinguido o caducado el derecho de redimir, «lluir», «quitar» o recuperar (art. 321.2 de la Compilación de Cataluña), sin que exista por tanto ninguna referencia en cuanto al ejercicio de esta acción por parte de comerciantes, a diferencia de lo regulado por el Fuero Nuevo de Navarra.

III. REFLEXIONES ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL Y LA DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LA RESCISIÓN POR LESIÓN

Justamente, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia núm. 27-2007 de 10 de septiembre (RJ 2009\642) razonó la imposibilidad de aplicar la normativa de la rescisión por lesión catalana sobre la base del carácter mercantil de la compraventa y como consecuencia pues de la aplicación del artículo 344 del Código de Comercio que como hemos visto excluye la rescisión por lesión en las compraventas mercantiles, en razón pues de la atribución de la competencia exclusiva del Estado en materia mercantil, según prevé el artículo 149.1.6 de la Constitución Española¹⁴.

Por su parte, la aplicación del artículo 344 del Código de Comercio fue uno de los argumentos utilizados por la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1981 (RJ 1981\5042) para desestimar la aplicación del régimen de la rescisión por lesión a las aportaciones sociales, cuando afirmó lo siguiente:

«CDO:

Que a los anteriores razonamientos ha de añadirse la improcedencia de aplicar los efectos rescindentes de la laesio enormis a una operación de tanta sustancia mercantil como es el contrato de constitución de una sociedad anónima y el juego de las aportaciones in natura (arts. 3 y los demás citados de la Ley de 17 de julio de 1951 y artículo 2.º, párr. 2.º, del C. Com.), según se obtiene de la aplicación analógica del artículo 344 de este Cuerpo legal, autorizada por el 4, párr. 1.º, del Código Civil, ya que la semejanza sustancial entre ambos supuestos (en los dos se trata de actos de enajenación) por lo que a este efecto interesa es innegable, tesis que podría vigorizarse con el argumento a maiori ad minus de que si se proscribiera la rescisión en un negocio mercantil bilateral y con onerosidad acusada, con mayor fundamento habrá que marginarla en un contrato, como el constitutivo de sociedad y aportación social, no conmutativo, plurilateral y que persigue un fin distinto que el intercambio de prestaciones, y parece correcto entender que inserto el artículo 323 en una Compilación de derecho civil especial no se impide la aplicación de los preceptos del C. Com. dada la índole de la relación a regular, como sostiene un apreciable sector entre los autores, siquiera no se trate de opinión sin discrepancias; sin que a ello pueda oponerse la invocación, que la actora hace en la fase de alegaciones, de la S. de 22 de octubre de 1931 (RJ 1931\2199) como permisiva de la rescisión por lesión ultra dimidium en los contratos de aportación social, pues basta examinar la situación enjuiciada y atender al hecho de que no dio lugar a la casación contra el pronunciamiento desestimatorio de la demanda, para percatarse de que no sienta doctrina alguna sobre la cuestión y ello explica que ya esta Sala en S. de 28 de noviembre de 1949 (RJ 1950\540) tenga declarado que es equivocado atribuir a la de 22 de octubre de 1931 el reconocimiento, que no se hace en ella, de que la acción de rescisión por lesión ultra dimidium es ejercitable en todo contrato oneroso»¹⁵.

Recordamos que en el caso de autos enjuiciado por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia núm. 27-2007 de 10 de septiembre se examinaba una compraventa en la cual la sociedad actora, sociedad dedicada a la promoción urbanística de terrenos, junto con otras personas físicas vendían en contrato privado a otra sociedad, cuyo objeto social era la compra, promoción construcción y rehabilitación de toda clase de solares e inmuebles para su posterior venta o alquiler, varias fincas incluidas en un plan de actuación urbanística por un precio global, y formalizaban la operación en parte mediante la venta

en escritura pública de la finca a una sociedad designada por la compradora y los otros vendedores aportaban las fincas alienadas a esta misma sociedad a cambio de participaciones sociales que finalmente también vendieron a personas relacionadas con la compradora, la cual constituida la Junta de compensación, vende al cabo de poco tiempo las fincas a una tercera por un precio muy superior.

En función de las características de la operación y admitiendo el carácter mercantil de la compraventa inmobiliaria, excluye pues la posible rescisión por lesión de acuerdo con el criterio sentado por el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, es decir, que califica como compraventa mercantil, a aquellas compraventas inmobiliarias en las que el vendedor tiene como objeto de su tráfico la venta de bienes inmuebles y la operación se enmarca dentro de la serie de actos orgánicos de la empresa y el comprador tiene al mismo tiempo un ánimo especulativo.

La citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2007 recuerda también el daño a la seguridad del tráfico que supondría el reconocimiento de la rescisión por lesión en las compraventas mercantiles, con el siguiente tenor:

«La mateixa identitat de raó s'aprecia en les compravendes especulatives entre societats que es dediquen al tràfic immobiliari com són les que ara litiguen. Per a aquestes les transaccions es produeixen també en forma ràpida i la resolució eventual del contracte amb la lògica conseqüència de devolució de la cosa i del preu comportaria similars problemes per a la seguretat del tràfic mercantil en els temps actuals als que comportaria que es pugui rescindir la compra de béns mobles, de capital o d'equip. Concedir la rescissió per lesió en més de la meitat del preu just als comerciants que actuessin com a venedors —sigui de béns mobles o immobles— podria eliminar el risc inherent a les operacions especulatives quan el perjudici econòmic sofert superés la meitat del preu considerat just, amb greu dany de la seguretat del tràfic sense cap causa que ho justifiqui».

Y en relación con el objeto que nos ocupa, al aplicar el artículo 344 del Código de Comercio, establece que resulta innecesario acudir al derecho supletorio, aunque no nos ofrece cuál sería dicho derecho supletorio si el derecho estatal o el derecho civil de Cataluña, cuando razona lo siguiente:

«Per això resulta innecessari acudir al dret supletori ja que la irrevocabilitat per lesió dels negocis essencialment mercantils, com és el que ens ocupa, prové del propi dret mercantil o del comerç que no només no preveu la rescissió per lesió sinó que expressament l'exclou per a la compravenda mercantil en l' article 344 del Codi de comerç (LEG 1885, 21)».

Si bien es cierto que la sentencia del Superior de Justicia de Cataluña de 10 de septiembre de 2007 no falla sobre lo anterior, parece deducirse de dicho razonamiento que el derecho supletorio aplicable sería el derecho civil autonómico. En relación con esta cuestión, ALEGRET BURGÚES¹⁶ se realiza la misma reflexión argumentando que no podrían referirse los artículos 2 y 50 del Código de Comercio al Código Civil como Derecho Común (y sí al derecho civil autonómico correspondiente, se entiende a juicio de esta autora) ya que el Código Civil es posterior al Código de Comercio¹⁷, (*«No podía hablar del Código civil, atés que en aquella época no havia estat publicat»*).

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido la oportunidad de reiterar su criterio anterior en diferentes pronunciamientos, tales como, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 57-2013 de 10 octubre (RJ 2013\8307) que declara la improcedencia de la figura en un caso de compraventa mercantil de hotel en el que la compradora y vendedora

eran sociedades mercantiles expertas en la explotación del dicho negocio, por el hecho que una actuaba habitualmente en este ámbito, y la otra tenía que ser conocedora del mismo, dado que explotó el hotel. El resumen de la doctrina del referido Tribunal, se observa con claridad en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 17-2011 de 31 marzo (RJ 2011\5824), de la forma siguiente:

«2. Esta Sala Civil del TSJC se ha pronunciado, hasta el momento, en ocho ocasiones sobre la cuestión planteada en las SSTSJ 5/1990, de 7 de junio, 9/1990, de 4 de julio (RJ 1990, 9032), 32/1995, de 20 de noviembre (RJ 1995, 9977), 35/2004, de 22 de noviembre (RJ 2005, 93), 37/2005, de 10 de octubre, 27/2007, de 10 de septiembre (RJ 2009, 642), 46/2008, de 30 de diciembre (JUR 2009, 295643) y 28/2010, de 22 de julio.

La STSJC 27/2007, de 10 de septiembre, aplicó por vez primera la doctrina que en el caso de compraventas mercantiles no es aplicable la rescisión por lesión en virtud de lo dispuesto en el art. 344 CCom (LEG 1885, 21), estableciendo que no se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión, tanto si se considera de aplicación la norma reseñada en forma directa como analógica. Nótese que en dicho supuesto el contrato de compraventa había sido suscrito entre comerciantes dedicados al negocio inmobiliario y la operación se enmarcaba dentro del objeto de tráfico empresarial de las dos sociedades, por lo cual «... Tal operación, en la medida en que forma parte de la serie orgánica de actos propios del tráfico de las empresas inmobiliarias litigantes (compravenda de bienes inmuebles por revenderlos en la misma forma o legítimamente urbanizados y parcelados) ha de reputarse como de contrato mercantil...».

De todos modos, tanto en las demás sentencias anteriormente citadas como en la STSJC 46/2008, de 30 de diciembre (JUR 2009, 295643), la cuestión se resuelve calificando la compraventa objeto de litigio como civil. En este último supuesto, la parte actora y en su momento vendedora, era una persona física no comerciante y la compradora, dedicada a la intermediación inmobiliaria, no quedó acreditado que comprase la finca con intención de revenderla a un tercero y enriquecerse con el precio obtenido en la reventa; siendo trascendente, según se establece en dicha resolución a los efectos de calificación de la venta como civil o mercantil, la condición personal del vendedor más que la del comprador. Por tanto, si la venta se instrumentaliza como una operación de refinanciación atendida la precaria situación económica de la demandante, mediante dos contratos independientes, los dos con la misma fecha, uno de compraventa de vivienda y otro de arrendamiento con opción de compra a favor de la vendedora no se dan los requisitos imprescindibles para considerarla como mercantil.

Como resumen de la jurisprudencia de este TSJC en el extremo debatido, hemos de declarar, que la calificación como mercantil de la compraventa, a los efectos de la rescisión por lesión, deberá declararse para aquellos supuestos en que el vendedor tenga por objeto de su tráfico la promoción de bienes de dicha naturaleza y la operación se inscriba en la serie orgánica de actos propios de la empresa y el comprador tenga el mismo ánimo especulativo, sin dejar de resaltar que el ánimo especulativo es indudablemente un elemento que debemos tener en cuenta, pero no el único, puesto que como declaró la STSJC 35/2004, de 22 de noviembre (RJ 2005, 93) «... Per determinar la naturalesa civil o mercantil d'un contracte de compra-venda i, per tant, per a fer-ne la seva qualificació, s'ha d'estar fonamentalment al contingut dels seus pactes o estipulacions, i si d'ells en resulten elements qualificables uns de caràcter civil i altres d'índole mercantil, caldrà veure quins són els prevalents per tal de qualificar la compra-venda global com a civil o com a mercantil...».

Pues bien, si bien es cierto que la mercantilidad de la compraventa —en los términos en que una compraventa ha venido siendo calificada como mercantil en las resoluciones de los Tribunales (aquellas compraventas inmobiliarias en las que el vendedor tiene como objeto de su tráfico la venta de bienes inmuebles y la operación se enmarca dentro de la serie de actos orgánicos de la empresa y el comprador tiene al mismo tiempo un ánimo especulativo)— ha sido un claro elemento determinante para fallar la no aplicación de la rescisión por lesión a la compraventa por mandato de la aplicación del artículo 344 del Código de Comercio, ¿qué ocurrirá si se mantiene la eliminación del mismo en el futuro Código Mercantil, tal y como ocurre en el ACM? ¿Se acudirá en Navarra y Cataluña a la aplicación de su derecho civil autonómico que sí acoge la regulación de la rescisión por lesión como consecuencia de su tradición histórica legislativa para integrar la laguna que al respecto ofrecería el futuro Código Mercantil?, ¿dejarán de aplicarse los propios argumentos ofrecidos por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para desdeñar del ámbito de la rescisión por lesión a las operaciones de naturaleza especulativa propias del tráfico comercial en contra de la seguridad del mismo? Sinceramente, creemos que el problema está servido en la situación actual.

De esta forma, el consabido recurso a la aplicación territorial de la norma autonómica (*vid.* art. 111-3 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña) junto con el ánimo expansivo existente en los Tribunales Superiores de Justicia en la defensa a ultranza de la aplicación de la norma civil autonómica en los casos allí enjuiciados, supone a nuestro juicio que en determinadas situaciones pueda existir un ánimo proclive a la extensión de la rescisión por lesión en las compraventas mercantiles, tras la proyectada desaparición del vigente artículo 344 del Código de Comercio. Volvemos, de nuevo a hacer hincapié en la trascendencia que puede originar el esfuerzo interpretativo acerca de la desaparición del término «Derecho Común» por «legislación civil» como elemento integrador en la laguna mercantil.

No olvidemos, por otro lado, que la posible mercantilidad de la compraventa inmobiliaria pasa a reconocerse expresamente en el ACM¹⁸ en el artículo 511-24 cuando se regula lo siguiente: «*La compraventa mercantil de bienes inmuebles se regirá por las disposiciones de las secciones 1.ª y 2.ª de este Título, siempre que sean compatibles con la naturaleza propia de estos bienes, y por las normas de esta sección, sin perjuicio de la legislación especial que resulte de aplicación*», por lo que también desaparecerá otro de los obstáculos y esfuerzos interpretativos con los que se ha encontrado la práctica judicial en la aplicación o no de la rescisión por lesión en compraventas inmobiliarias, a la hora de la previa determinación de la mercantilidad o no de las mismas.

Dicho ánimo expansivo se ha visto, por ejemplo, en aquellos casos donde el objeto de la compraventa no eran propiamente inmuebles (a los que se refiere literalmente el artículo 321 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña en cuanto al ámbito objetivo de aplicación de la rescisión por lesión) en la conocida sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de octubre de 2005 (*RJ* 2006, 1009) que considera que la compraventa de acciones o participaciones de una sociedad mercantil puede quedar incluida dentro del ámbito del artículo 321 citado cuando esta última tenga carácter patrimonial o sea instrumento para la mera tenencia de bienes. En este sentido y recogiendo la anterior doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª) núm. 293-2013 de 17 junio (*JUR* 2013\265252), también concluye lo siguiente: «*El campo natural del artículo 321 de la CDCC*

(LCAT 1984, 1888) se sitúa en los contratos sobre bienes inmuebles como expone la jurisprudencia arriba citada pero puede verse ampliado a los contratos de cesión de acciones cuando la transmisión de los inmuebles se canalice a través de operaciones societarias en cuyo caso se hace necesario indagar en la realidad subyacente para comprobar no solo el carácter patrimonial de la referida sociedad sino también el verdadero precio pagado, sin que por ello pierda su carácter objetivo esta acción rescisoria pues lo que la jurisprudencia quiere destacar con tal carácter es que el éxito de esta acción no queda supeditado a la presencia de vicios de la voluntad en el consentimiento del contratante perjudicado».

No obstante, la anterior expansión natural de la rescisión por lesión catalana a las compraventas de acciones y/o participaciones sociales no dejaba de tener argumentos jurisprudenciales contrarios de nuestro Tribunal Supremo, en cuanto al objeto propio de dichas compraventas, es decir, si el mismo venía constituido o no por dichas acciones o participaciones sociales, o lo constituían realmente los activos inmobiliarios de la sociedad adquirida. En este sentido y aunque criticable, recordamos el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/299) sobre el que ya expusimos unas breves reflexiones en relación con el objeto real u objeto ideal de una adquisición de empresa¹⁹.

En dicha sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009 se aborda el problema de la causa en una compraventa de la totalidad de las acciones de una sociedad anónima, enjuiciando la cuestión desde la clásica acepción de la doctrina subjetiva de la causa, causa concreta y motivos incorporados a la causa. Mientras que la argumentación de la propia sentencia para la desestimación de las pretensiones del comprador, debido a que el activo social (hotel) tenía aluminosis, sobre la base de la inexistencia de que los motivos de las partes hubieran quedado incorporados a la causa del contrato (causa concreta), afirmando que: «...*En este caso, simplemente se celebró un contrato de compraventa de todas las acciones de una sociedad y simplemente se indicó que se compraba para la finalidad de explotar un hotel, pero no se compró este, sino la sociedad propietaria del hotel*». Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 612-2013 de 21 octubre de 2013 (*RJ* 2013\7809) razonando sobre la interpretación literal del contrato, vuelve a confirmar que el objeto del contrato eran las acciones de la sociedad, aunque con mejor doctrina que la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009, nos acerca al problema de la idoneidad del objeto de este contrato en relación con los activos inmobiliarios subyacentes, cuando razona lo siguiente: «*En este caso, como expondremos a continuación, cabe apreciar una infracción de la referida norma de interpretación, pues de la propia dicción literal del contrato de 7 de julio de 1999, que modifica el anterior de 23 de junio, se desprende claramente que el objeto del contrato era la transmisión de la totalidad de las 1.0000 acciones de Cid Holding, pero en la medida en que con ello se transmitía el control de las 500 acciones de Rolimpa, que era propietaria de 42 fincas de Madrid, incluidas en un plan de ordenación urbana y calificadas como suelo urbanizable, que además se referenciaban en un anexo del contrato, y que expresamente se añadía debían estar libre de cargas. El que la causa del negocio fuera la transmisión de las acciones de una sociedad, para transmitir con ello el control y la facultad de disposición de una serie determinada de fincas, no significa que el objeto del contrato de compraventa fueran las fincas ni, consiguientemente, que el comprador tenga derecho, al pretender la perfección del contrato, que este tenga por objeto directamente la transmisión de las fincas, o, si se entiende que ya había quedado perfeccionado antes, el cumplimiento del contrato mediante la condena*

de los demandados a la entrega de las fincas. Cuestión distinta es que constituya una circunstancia esencial que afecta a la idoneidad de objeto de la compraventa (las acciones de Cid Holding), que Cid Holding tenga la plena titularidad de las 500 acciones de Rolimpa y que esta tenga a su vez la propiedad, libre de cargas, de aquel paquete de fincas que se reseñaban en el anexo del contrato, de tal forma que sin ello la entrega de las acciones no constituiría un cumplimiento del contrato por parte del vendedor. En cuanto al precio de la compra, sigue siendo el inicialmente pactado y el tipo de cambio 158 Ptas./dolar USA.

Por otra parte, el pacto sexto del contrato expresamente preveía la eventualidad de que se pagara solo la mitad del precio de la compraventa, o sea que una de las sociedades compradoras no pagara su parte, se afirma que «la compraventa continuará con respecto de la sociedad que efectivamente haya pagado la mitad del precio acordado», pero, «el vendedor recuperará el 51% de las acciones objeto del contrato de compraventa, esto es, quinientas una (501) acciones de Cid Holding Company y el comprador que pagó la mitad del precio de compraventa, se quedará con las cuatrocientas noventa y nueve acciones (499) restantes». Es claro, a tenor de la dicción de esta cláusula contractual, que fue intención de las partes conceder validez a la compra de una sola de las dos sociedades compradoras, pero en ese caso, en que debería abonarse por la compradora la mitad del precio total de la compraventa, la compradora tan solo adquiriría 499 acciones, correspondiendo las restantes 501 a la vendedora».

En este ámbito de las adquisiciones de empresas, cuando las mismas se instrumenten mediante la fórmula de compraventa de acciones y/o participaciones sociales, también puede ofrecérsenos un punto de discusión añadido. Si como hemos visto, la rescisión por lesión catalana se ha aplicado también a casos de compraventas de acciones (más allá, insistimos del ámbito natural inmobiliario de la misma), una mayor facilidad para dicha aplicación de la norma civil autonómica se encontraría desde la consideración de que dichos contratos de compraventas de acciones, en la gran mayoría de los casos, ostentaban de *lege data* la calificación de compraventas civiles, a lo que no obstaría pues la posible aplicación del vigente artículo 344 del Código de Comercio; siguiendo por tanto, el criterio interpretativo en las que se califica como compraventa mercantil, solo a aquellas compraventas inmobiliarias en las que el vendedor tiene como objeto de su tráfico la venta de bienes inmuebles y la operación se enmarca dentro de la serie de actos orgánicos de la empresa y el comprador tiene al mismo tiempo un ánimo especulativo.

En relación con este tema, en cuanto al carácter civil o mercantil de la compraventa de empresa, *de lege data*, resulta apropiado recordar la calificación jurídica de las compraventas de empresas (en cualquiera de sus modalidades, por ej. compraventa de activos y pasivo o de acciones, opinamos, con carácter general y a salvo las particularidades de cada compraventa concreta) que realizara DE LA CÁMARA ÁLVAREZ²⁰, con el siguiente razonamiento con el que coincidimos: «... resulta difícil encajar la venta de la empresa dentro del concepto, estrecho, limitado y poco claro, de la compraventa mercantil que fluye de los artículos 325 y 326 del Código de Comercio. Creo que en lo esencial tiene razón VICENT CHULIÀ cuando afirma que la compraventa de la empresa, como el arrendamiento o la constitución de usufructo por acto intervivos, es un contrato civil...». A ello no obsta, a nuestro juicio, la confusa sentencia (en cuanto a los argumentos para la calificación civil o mercantil de una compraventa de acciones) del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1988 (RJ 1988\3304), cuando estableció lo siguiente: «CUARTO. Pierde importancia la calificación de civil o mercantil del contrato, pues

aunque, al comprender transmisión de acciones de una sociedad anónima y finca en la que se explota un negocio, parece lógica la calificación de la venta como mercantil, en realidad no consta la intención de los contratantes fuera del pacto octavo en que los compradores claramente manifiestan que compran las acciones «porque les interesa la compra de la finca» lo que indica el carácter predominantemente civil del contrato, y, en todo caso, mercantil o civil, el incumplimiento es una conducta que ha de derivarse de los hechos. Como tal incumplimiento no se aprecia, deben ser rechazados el primero y tercer motivos que, amparados en el artículo 1692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como el resto de los motivos del recurso, alegan la infracción de los artículos 53 del Código de Comercio y 1275 del Código Civil (motivo primero) y doctrina legal aplicable (motivo tercero)».

Sin embargo, de nuevo el ACM puede hacernos retomar este debate y extraerse conclusiones diferentes, tras la expansión de la mercantilidad de la compraventa que nos ofrece el citado artículo 511 del ACM²¹. Es decir, no solo se amplía el espectro de la compraventa mercantil a los bienes inmuebles, tal y como hemos visto, sino que se elimina uno de los requisitos que más circunscribían la mercantilidad de la compraventa de *lege data*, a saber, el conocido «ánimo de reventa» al que hacía referencia el vigente artículo 325 del Código de Comercio, que tantas discusiones doctrinales y jurisprudenciales ha provocado sobre la consideración como civil o mercantil de la conocida compraventa para consumo empresarial²², con lo que la mercantilidad de la compraventa de acciones y participaciones sociales también puede gozar de un mayor predicamento — en determinados casos — a la luz de lo previsto en el ACM, por la eliminación del claro elemento especulativo que venía exigiéndose para la mercantilidad de la compraventa, aparte de la regulación propia de la compraventa de empresa prevista en los artículos 132-7 y siguientes del ACM.

Ello nos hace retomar el tema central de las reflexiones que nos realizamos en este momento sobre la aplicación del derecho civil autonómico como elemento integrador de la laguna mercantil y más concretamente en el ámbito de la rescisión por lesión. ¿Supone la anterior expansión de la mercantilidad de la compraventa un gravamen al problema cuyo análisis proponemos? A nuestro juicio, sin lugar a dudas. Así, si efectivamente hemos podido comprobar el inicial ámbito expansivo de la aplicación de la rescisión por lesión catalana a supuestos de compraventas de acciones, pese a su carácter mobiliario, sobre la calificación civil de las mismas al no constar la finalidad especulativa del comprador (*sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de octubre de 2005 [RJ 2006, 1009]*); si ha quedado acreditada la mercantilidad expansiva del ACM; si hemos verificado la proyectada eliminación de la prohibición de la rescisión por lesión en la compraventa mercantil (art. 344 del Código de Comercio); y, expuesto el debate sobre la difícil hermenéutica de la sustitución del término «Derecho Común» por el de «legislación civil» como elemento integrador del proyectado Código Mercantil, tenemos como conclusión lógica la posible tendencia de aplicar también la rescisión por lesión a compraventas mercantiles en aquellas Comunidades Autónomas donde la normativa civil propia lo permite (Navarra, si bien con su limitación para el comerciante, y, claramente Cataluña).

¿Se ajusta esta proyectada supresión del artículo 344 del Código de Comercio a lo que la propia Exposición de Motivos (apartado V-2) recoge diciendo que las reformas se inspiran en los trabajos realizados a nivel internacional para unificar las reglas que han de ser aplicadas al tráfico mercantil como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 11 de abril de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales

para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), y los trabajos de la Comisión Lando sobre el Derecho Europeo de los contratos?

El artículo 3.10 de los Principios Unidroit permite anular el contrato a una de las partes en los casos de excesiva desproporción de las prestaciones que resulta en una venta injustificada y excesiva para la otra, aunque esta ventaja excesiva debe presentarse en el momento de celebración del contrato, puesto que si lo hiciera después, el contrato podría modificarse o extinguirse de acuerdo con lo previsto con la regulación de la excesiva onerosidad (*«hardship»*) que se regula en la Sección 2.^a del Capítulo 6 de los mismos.

Por su parte el artículo 4:109 de los Principios Lando también permite que en aquellos supuestos en que un contrato suponga para una parte una ventaja excesiva de la que esta se haya aprovechado de manera abusiva, pueda anularse o modificarse por la parte que sufrió la desventaja, aunque igualmente en casos de excesiva onerosidad sobrevenida se prevé la renegociación del contrato o incluso la facultad judicial de poner fin al contrato o de adaptarlo a las circunstancias cambiantes, según se prevé en el artículo 6:111 de dichos Principios Lando.

De todas formas, en los Principios Unidroit (art. 5.1.7 [2]) sí que se prevé que cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario. Lo mismo ocurre en el artículo 6:105 de los Principios Lando que establece que aun cuando exista una estipulación en contra, si la determinación del precio o de cualquier otro elemento del contrato se deja en manos de una de las partes y lo así determinado resultase manifiestamente irrazonable, el precio o elemento referido se sustituirá por otro razonable.

Sin embargo, a diferencia de los Principios Unidroit y de los Principios Lando que tratan la cuestión en sede de invalidez contractual y consecuente anulabilidad, en el Proyecto de la Academia de Pavía, la desventaja sí que se regula como supuesto auténtico de rescisión, ya que si una parte abusa del estado de peligro, necesidad, incapacidad para comprender, inexperiencia, sujeción económica o moral de la contraparte, para obtener ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas, el contrato es rescindible (art. 30.3). Asimismo, el artículo 31.2 del Proyecto de la Academia de Pavía, establece que si la determinación del contenido del contrato deferida a una de las partes contratantes o a un tercero, es preciso considerar, en la duda, que debe ser efectuada sobre la base de una apreciación equitativa.

Pues bien, el ACM se refiere a la razonabilidad del precio de los contratos en el artículo 415-3.2, solo para los casos de determinación del mismo por el tercero, de la siguiente forma: *«2. Cuando la determinación del precio quede a cargo de un tercero y este no pueda o quiera fijarlo se entenderá por precio uno que sea razonable»*.

Asimismo, el ACM regula la excesiva onerosidad del contrato en su artículo 416-2, de la siguiente forma: *«Artículo 416-2. Excesiva onerosidad del contrato.*

1. En caso de excesiva onerosidad sobrevenida, la parte perjudicada no podrá suspender el cumplimiento de las obligaciones asumidas, pero tendrá derecho a solicitar sin demora la renegociación del contrato, acreditando las razones en que se funde.

Si no se alcanzara un acuerdo entre las partes dentro de un plazo razonable, cualquiera de ellas podrá exigir la adaptación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones o la extinción del mismo en una fecha determinada en los términos que al efecto señale.

2. *Se considera que existe onerosidad sobrevenida cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».*

Vemos pues, que la regulación que del desequilibrio de las prestaciones y de la imprevisión contractual realizada en los textos de armonización internacional antes citados, tampoco parece que haya sido el modelo inspirador del ACM en esta materia.

¿Es este resultado que nos pudiera ofrecer una interpretación del ACM lo que realmente se ajusta a las necesidades actuales del tráfico mercantil, incluido el de las compraventas de empresas, cualquiera que sea la forma de instrumentalización de las mismas?²³ ¿Se cumple con ello con el propósito del apartado de VI-23 de la Exposición de Motivos del ACM: *«trasladar al nuevo Código los imperativos de la nueva realidad económica y fomentar la flexibilidad de la regulación a fin de que pueda adaptarse a las actuales y venideras necesidades del tráfico mercantil. En segundo lugar, la de promover la supresión de trabas que dificulten la circulación de bienes y perturben el principio constitucional de unidad de mercado»?* Pues, evidentemente, creemos que no; así, quizás no con las palabras de GARCÍA GOYENA, que como vimos, opinaba que con la aprobación de la rescisión por lesión en la materia mercantil supondría el caos y se mataría a la industria y al comercio, pero sí con plena coincidencia con lo que ya dijera BACARDÍ, opinamos igualmente que la rescisión por lesión basada en un espíritu de equidad y de justicia no debería adoptarse en el ámbito mercantil, en el que el gran número de circunstancias existentes modifican el precio de las cosas y en el que el espíritu de especulación que hace circular los bienes con la mayor rapidez, hacen que no sea propia la rescisión por lesión del tráfico mercantil, cuya regulación flexible se ha propugnado desde siempre.

Por ello y como corolario de lo anterior, no estimamos adecuada la supresión del vigente artículo 344 del Código de Comercio que excluye del ámbito de la compraventa mercantil a la rescisión por lesión. Esa supresión normativa proyectada en el ACM, debería valorarse conjuntamente a nuestro juicio en su proceso de transformación en norma positiva con la problemática que puede derivarse, en nuestra opinión, de la sustitución del término «Derecho Común» por el de «legislación civil» como elemento integrador de la laguna mercantil, sin una corrección adecuada o aclaración del alcance de ello. No obstante, si bien es cierto que «unidad no significa uniformidad» en los propios términos de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado²⁴, no es menos cierto que la atribución de la competencia exclusiva estatal en materia mercantil que prevé el artículo 149.1.6 de la Constitución española y la atribución de competencias que en materia de legislación civil realiza el artículo 149.1.8 de la Constitución española podría justificar la aplicación supletoria de la norma civil estatal a la laguna mercantil de carácter civil en los términos del actual ACM, dichos términos también nos hacen pensar en la tensión que se puede producir por la pretensión consistente en aplicar como derecho supletorio de la laguna mercantil el derecho civil autonómico reconocedor de la rescisión por lesión, dado el histórico ámbito expansivo que de dicha figura se ha realizado en la práctica de los tribunales de las referidas Comunidades Autónomas.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRET BURGÜES: *La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudencia del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia*. Discurso de ingreso como Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 16 de noviembre de 2010.
- ÁLFARO AGUILA-REAL: <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>
- ÁLVAREZ ARJONA-CARRASCO PERERA: *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Thomson-Aranzadi, 2004.
- AMAT LLARI: «Compravenda civil, compravenda mercantil i rescissió per lesió “ultradimidium”». *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 107, núm. 3, 2008.
- BACARDÍ: *Tratado de Derecho Mercantil de España*, I, 1840.
- CÁMARA ÁLVAREZ: «La venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea». *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*. Tomo XXIV.
- DELGADO ECHEVARRÍA: Sociedad de gananciales: «capítulos de separación». División del caudal. Rescisión por lesión. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 3, 1983.
- «La rescisión por lesión en el Derecho navarro». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, 1987.
- GARCÍA RUBIO: «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil». *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, (enero-marzo 2014).
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid 1852, Vol. III.
- MOISSET DE ESPANÉS: «La lesión en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino y en algunas legislaciones modernas». *Anuario de Derecho Civil*, vol. I 1976.
- *La lesión en los actos jurídicos*. Córdoba, Argentina, 1979.
- MURIELLAS ESCUDERO: «Distinción de la compraventa civil y mercantil en la Jurisprudencia». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 1999.
- REDONDO TRIGO: «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720.
- «Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el de “legislación civil”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2014.
- VERGEZ SÁNCHEZ: «La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la nueva propuesta de Código Mercantil». <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3699-la-regulacion-de-las-obligaciones-y-de-los-contratos-mercantiles-en-general-en-la-nueva-propuesta-de-codigo-mercantil>
- YZQUIERDO TOLSADA: <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/>

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 3 diciembre 1981 (RJ 1981\5042).
- STS de 29 de abril de 1988 (RJ 1988/3304).

- STS de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010\299).
- STS de (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 612-2013 de 21 octubre de 2013 (RJ 2013\7809).
- STS de Justicia de Cataluña de 10 de octubre de 2005 (RJ 2006\1009).
- STS de Justicia de Cataluña núm. 27-2007 de 10 septiembre (RJ 2009\642).
- STS de Justicia de Cataluña núm. 17-2011 de 31 marzo (RJ 2011\5824).
- STS de Justicia de Cataluña núm. 57-2013 de 10 octubre (RJ 2013\8307).
- SAP de Barcelona (Sección 1.ª) núm. 293-2013 de 17 junio (JUR 2013\265252).

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. «Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriedad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el de “legislación civil”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2014.

² ÁLFARO AGUILA-REAL también se ha ocupado de mostrar su disconformidad con esta nueva codificación mercantil, en cuanto a la tensión existente entre el Derecho estatal y el Derecho civil autonómico diciendo que: «No hay ninguna buena razón para promulgar un Código de Comercio. La única de peso que se ha dado es política: ocupar el espacio legislativo reservado por la Constitución al Estado («legislación mercantil») para evitar que las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias. Es una actitud cobarde por parte del Gobierno y demuestra una enorme falta de confianza en el mercado (que rechazará las disposiciones de las Comunidades Autónomas que sean ineficientes) y en las instituciones (el Tribunal Constitucional) encargadas de que tal cosa no ocurra. La unidad de mercado no exige, en general, la unidad de Derecho supletorio como lo prueba el caso de los EEUU. El problema de España es la falta de lealtad constitucional del Estado y de las CCAA que no cooperan en la medida necesaria cuando hay competencias compartidas». <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>

Evidentemente, la crítica que se viene realizando al ACM en cuanto a las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho civil autonómico, no se comparte por uno de los miembros de la Comisión General de Codificación (Sección Mercantil), a saber, Vergez Sánchez quien en su conferencia del día 13 de febrero de 2014 en la Academia Matritense del Notariado con el título: «*La regulación de las obligaciones y de los contratos mercantiles en general en la nueva propuesta de Código Mercantil*», expuso lo siguiente:

«En el derecho constitucional actual al que ha servido de modelo la Constitución de 1.931, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1-6º), y, en todo caso en materia civil sobre las relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas sobre las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, sobre la ordenación de los Registros e instrumentos públicos, sobre las bases de las obligaciones contractuales, sobre las normas para resolver los conflictos de leyes y sobre la determinación de las fuentes del derecho (con respeto en este último caso de las normas del Derecho Foral o especial art. 149.1-8º). Es evidente, pues que a los efectos de programar la política de regulación de las obligaciones y de los contratos sea imprescindible tener como punto de partida esta distinción: mientras que para la legislación mercantil la competencia exclusiva corresponde al Estado, en materia de obligaciones y contratos civiles, el Estado tiene competencia legislativa tan solo sobre las bases de las obligaciones contractuales.

Se trata de una diferencia competencial que tiene su razón de ser en la unidad de mercado, en la necesidad indiscutible de asegurar la unidad del régimen jurídico del mercado sometido a la soberanía nacional. Desde este marco constitucional no es fácil defender en nuestro ordenamiento la unificación del derecho privado de las obligaciones y de los contratos, que a lo que llevaría sería a la aplicación de regulaciones diferentes. La actividad económica se encontraría sometida constantemente a situaciones de conflicto de normas.

No es justo, por tanto, decir, como en ocasiones se ha apuntado que con el planteamiento de la propuesta de Código mercantil, de lo que se trata realmente es de contrarrestar el expansionismo de las comunidades autónomas con el pretexto de convertir en materia mercantil lo que no es sino materia civil; como no lo es tampoco apuntar a que se trata de confinar a un espacio muy reducido el derecho civil a la hora de considerar lo que son contratos mercantiles en torno o a un concepto «sui generis» de la mercantilidad (se ha llegado a decir poco menos que sacado de la manga) porque no va referida solamente al sujeto empresario sino a otros agentes económicos, incluso a los contratos celebrados con consumidores». <http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/3699-la-regulacion-de-las-obligaciones-y-de-los-contratos-mercantiles-en-general-en-la-nueva-propuesta-de-codigo-mercantil>

³ Por otro lado, desde el punto de vista competencial mercantil-civil y con indudable repercusión también en cuanto a las relaciones derecho estatal y derecho autonómico, las voces no dejan de levantarse contra el ACM, así YZQUIERDO TOLSADA se pronuncia al respecto: «La flagrante inconstitucionalidad del texto tiene mucho de pecado de ira, en su modalidad pasiva, que es la más desconocida, pues la ira no solo conoce la acepción de Dante en forma de venganza y resentimiento o de enfado crónico. Existe también ira evasiva, que es la que, ante las crisis, da la espalda, evita el conflicto ignorándolo y siente fobia ante la discusión. Prefiere pensar, en fin, el mercantilista postmoderno que, como el Estado ha perdido ante determinadas Comunidades Autónomas la batalla de las bases de las obligaciones contractuales en el terreno del artículo 149.1.8.º CE, es mejor librarla en el terreno del artículo 149.1.6.º, es decir, en el del Derecho mercantil, indiscutiblemente estatal. Pero es que si el APCM quiere contener “las normas básicas de obligaciones y contratos” (punto V.2 de la Exposición de Motivos), resulta que eso precisamente es lo que se reserva al Derecho civil del Estado por la propia Constitución». <http://hayderecho.com/2014/06/30/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-y-los-pecados-capitales/>

⁴ MOISSET DE ESPANÉS. *La lesión en los actos jurídicos*. Córdoba, Argentina, 1979, pág. 29. Vid. también el trabajo de MOISSET DE ESPANÉS, «La lesión en el nuevo artículo 954 del Código civil argentino y en algunas legislaciones modernas». *Anuario de Derecho Civil*, vol. I 1976, págs. 85-155.

⁵ Según MOISSET DE ESPANÉS (*vid. op. cit.* pág. 59) «En la redacción de estas leyes se advierte un espíritu ampliamente favorable a la institución. La acción no se concede no solamente en los contratos de compraventa, sino también en las rentas (contratos aleatorios), en las permutas, y demás contratos semejantes. Se procura extender tanto el principio, que se concede la posibilidad de ejercer la acción aunque la venta haya sido ejecutada en pública subasta, lo que a nuestro entender excede los límites de la figura, pues no coincide con las razones que la fundamentan. En efecto debemos presumir que en la subasta pública no puede existir ánimo de aprovechamiento de parte del comprador, porque la ejecución se hace libremente al mejor postor, especialmente no podría hablarse de lesión cuando se trata de remates judiciales, pues tales actos deben ser sometidos a la supervisión y aprobación de un magistrado».

⁶ GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid 1852, vol. III, pág. 179.

⁷ *Ibidem*, pág. 181.

⁸ BACARDÍ. *Tratado de Derecho Mercantil de España, I*, 1840, pág. 146.

⁹ Vid. DELGADO ECHEVARRÍA «Sociedad de gananciales: «capítulos de separación». División del caudal. Rescisión por lesión», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 3, 1983, págs. 755-764.

¹⁰ Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIII. Enero de 2009.

¹¹ DELGADO ECHEVARRÍA. «La rescisión por lesión en el Derecho navarro». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 3, 1987, página 22, en lo que al ámbito mercantil concierne expone que: «De acuerdo con el párrafo 3.º de la ley 500, «en ningún caso podrá pedir la rescisión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito en ellas». Esta norma excluye, como sujeto activo de la acción de rescisión, entre otros, al comerciante, en los negocios propios de su ramo; pero, como dice GARCÍA CANTERO, de ella se infiere que sí podrá ejercitarla la otra parte contratante que no sea comerciante,

«lo cual podrá entrar en colisión con el artículo 344 CCom. si se admite la categoría de los actos unilateralmente mercantiles». Para DIEZ ARGAL, el no comerciante que contrata con comerciante puede pedir la rescisión de la compraventa, aunque sea mercantil y en contra del artículo 344 CCom, pues el Fuero Nuevo prevalece sobre el Código de Comercio.

ALBALADEJO critica esta excepción, pues la profesión, hábito o pericia permiten excluir la inexperiencia, pero cabría la apremiante necesidad aun de la persona más versada en el tráfico de aquellas cosas, sin que se vea razón, entonces, para privarle de la rescisión.

El precedente de la norma compilada es Nov. Rec. 5,18, 3 Y4 (por lo demás, muy semejante a Novis. Rec. de Castilla, 10,1,4, ley de 1537, anterior en 19 años a la primera de las citadas navarras), si bien es un precedente dudoso. Se refieren a los maestros y oficiales de carpintería, albañilería, cantería y pintores que tomasen a su cargo obras igualadas en cierta y determinada cantidad y que luego de realizadas las hacen estimar por otros del mismo oficio y piden el exceso de la estimación. Se ordena que se les pague conforme al ajuste, aunque aleguen lesión en más de la mitad del justo precio. Se argumenta que estas obras «se dan a pregones públicos, y remates de candela, al que mejor partido hace», especialmente en las obras de Iglesias; que «se presume que nadie en su propio oficio y arte se puede engañar» y que lo que ellos hacen es por defraudar, pues los del oficio se ayudan unos a otros en la estimación, y «su malicia no les debe ser provechosa ni a la República dañosa». En todo caso, estas leyes son buen testimonio de la amplitud con que la práctica navarra acogió la rescisión por lesión, en casos bastante alejados de la venta de inmuebles del texto romano. Son reflejo también, probablemente, del conflicto entre propietarios de inmuebles y menestrales a su servicio».

¹² *«De esta manera, el Derecho mercantil vuelve a ser el Derecho de una clase de personas y de una clase de actividades, como lo fue en su origen, al que retoman las más modernas formulaciones positivas»* (EM 1-10 del ACM).

¹³ De sumo interés resulta el análisis de la regulación de las obligaciones y contratos en el ACM, en especial en relación con el ámbito expansivo de la mercantilidad propuesta e incluso en relación con su inconstitucionalidad, que realiza GARCÍA RUBIO en «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código Mercantil». *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 1, (enero-marzo 2014), páginas 7-27.

¹⁴ *Vid.* AMAT LLARI. «Compravenda civil, compravenda mercantil i rescissió per lesió «ultradimidium». *Revista Jurídica de Catalunya*, Vol. 107, núm. 3, 2008, páginas 705-730.

¹⁵ De interés también resultan los razonamientos de la referida sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1981, sobre la naturaleza jurídica de la aportación social y sus diferencias con la compraventa, con el objeto de excluir a aquella del ámbito de aplicación de la rescisión por lesión, cuando razonó lo siguiente: «B) Si bien la aportación social ha de ser básicamente concebida como un verdadero negocio jurídico transmisivo, según declaró la S. de 11 de noviembre de 1970 (RJ 1970/5103), tampoco cabe desconocer que no responde a un contrato con obligaciones recíprocas y prestaciones ligadas por el nexo de interdependencia, propias del negocio conmutativo, sino que la creación de una sociedad mercantil —o civil— comporta un convenio plurilateral sin la contraposición de intereses característica del contrato recíproco o de cambio, lo que significa, como ha hecho notar la doctrina científica, que los socios no desplazan sus prestaciones de forma que cada uno reciba la del otro, sino que las concentran o fusionan para obtener el fin común hacia el que convergen. C) Tal inexistencia de situaciones jurídicas contrapuestas y enfrentadas, que ha llevado a calificar de «acto colectivo» o de «contrato de organización» al negocio fundacional de una sociedad anónima, trasciende a las particularidades jurídico negociales de la aportación in natura o fundación cualificada, pues si entraña acto de enajenación y por lo tanto verdaderamente dispositivo, que por semejanza ha permitido la expresión tradicional «apport en société vaut vente» y explica la razón de la norma contenida en el artículo 31, párr. 2.º, de la Ley sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas (RCL 1951/811, 945 y NDL 28531) respecto a que el aportante vendrá obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación de los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, rigiendo en cuanto a la transmisión de riesgos el C. Com., la más autorizada doctrina no ha dejado de apuntar las importantes diferencias que median entre las figuras de aportación a sociedad y la compraventa, pues en la segunda existe un precio que el vendedor recibe, mientras que tal elemento falta en la primera, en la que

el aportante adquiere derechos sociales, por lo que entiende que son inaplicables las reglas de aquel contrato que responden a la necesidad de un precio y entre ellas las de la rescisión por lesión; todo lo cual lleva a concluir que la adquisición de la cualidad de socio no puede ser conceptuada como contraprestación o precio de la aportación social stricto sensu».

¹⁶ ALEGRET BURGÚES. *La rescissió per lesió ultra dimidium en la jurisprudencia del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia*. Discurso de ingreso como Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 16 de noviembre de 2010, pág. 22.

¹⁷ No compartimos este argumento de ALEGRET BURGÚES, como ya expusimos en nuestro anterior trabajo, «Reflexiones sobre la reciente jurisprudencia mercantil y la supletoriidad o no del Derecho autonómico a la luz del Anteproyecto de Código Mercantil. La supresión del concepto “Derecho común” por el de “legislación civil”». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 745, 2014.

¹⁸ La justificación de tal adopción se realiza en la Exposición de Motivos del ACM de la siguiente forma: «VI-33. También son mercantiles las compraventas de bienes inmuebles que reúnan los requisitos generales que determinan la atribución de carácter mercantil. Una vez consolidada la liberalización del derecho de propiedad y la creación correlativa un mercado de inmuebles, que ha convertido a estos en bienes susceptibles de circular en el mercado, como cualesquiera otros, no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil. No es posible obviar, además, que la unidad del mercado exige soluciones unívocas en el conjunto del Estado para los intercambios acaecidos en el mercado nacional cuando sean realizados por empresarios en el contexto de su actividad empresarial».

¹⁹ Vid. REDONDO TRIGO. «La causa en los contratos de compraventa de acciones. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, págs. 1903-1933.

²⁰ CÁMARA ÁLVAREZ. «la venta de la empresa mercantil: principales problemas que plantea». *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*. Tomo XXIV. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el 26 de junio de 1980.

²¹ Cabe recordar que dicha amplitud de la mercantilidad viene también explicada en el apartado VI-32 de la Exposición de Motivos del ACM, al expresarse lo siguiente: «Considerando que es mercantil toda relación contractual en la que intervenga uno solo de los operadores del mercado señalados en el Código, siempre que lo haga en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, se inserta directamente en el ámbito de aplicación de la regla 6ª del apartado primero del artículo 149 de la Carta Magna, que atribuye competencia exclusiva al Estado en su regulación».

²² Vid. MURIELLAS ESCUDERO. «Distinción de la compraventa civil y mercantil en la Jurisprudencia». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. Parte Estudio. Editorial Aranzadi, S A, Pamplona. 1999.

²³ En relación con la racionalización y tratamiento jurídico de las denominadas «adquisiciones de empresas», ÁLVAREZ ARJONA, exponía lo siguiente: «La función del derecho en una adquisición debe consistir en proporcionar elementos jurídicos necesarios para sostener el concepto económico que late detrás, de tal forma que en la documentación a través de la cual se formaliza la adquisición —carta de intenciones, contratos, cierre— se recojan fielmente las voluntades y asunciones realizadas por los ejecutivos que planearon y calcularon económicamente la adquisición. (...) La decisión de adquirir se sustenta en un modelo económico que es un cuadro aritmético en el que el adquirente proyecta sus expectativas sobre los resultados de la empresa cuya adquisición pretende. En dicho modelo se parte de los datos y la información recibida del transmitente. Además de la información puramente económica, en el modelo puede haber otra serie de asunciones, como por ejemplo el mantenimiento del equipo directivo o la continuidad de los precios con suministradores de la clientela, entre otros. El interés del vendedor en no tener responsabilidades sobre lo que vende y el del comprador en asegurarse la exactitud del modelo sobre el que ha basado la decisión de comprar serán, junto con la fijación del precio, los elementos a través de los cuales gravitará todo el proceso de negociación. En definitiva, no se compra un conjunto de cosas, sino la unión de ellas en marcha, atendiendo preferentemente a la capacidad que tengan de generar flujos de caja», *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, Thomson-Aranzadi, 2004, pág. 46.

²⁴ La Exposición de Motivos de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, se refiere al respecto de la siguiente forma: «*La unidad de mercado constituye un principio económico esencial para el funcionamiento competitivo de la economía española. El principio de unidad de mercado tiene su reflejo en el artículo 139 de la Constitución que expresamente impide adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español (...).*

Sin perjuicio de las competencias que en cada caso corresponden al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales, con esta Ley se dota de eficacia en todo el territorio nacional a las decisiones tomadas por la autoridad competente de origen, basadas en un criterio de confianza mutua, y se aplican principios comunes como el principio de eficacia en todo el territorio nacional de las actuaciones administrativas en la libre iniciativa económica, lo que implica el reconocimiento implícito de actuaciones de las autoridades competentes de otras Administraciones Públicas. La Ley no tiene como finalidad uniformar los ordenamientos jurídicos puesto que, como ya ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, unidad no significa uniformidad, ya que la misma configuración territorial del Estado español y la existencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades Autónomas, supone una diversidad de regímenes jurídicos».

3. URBANISMO

Ambigüedades y contradicciones de las deudas por gastos de urbanización
en los procesos concursales

*Ambiguities and contradictions of debts for urbanization costs
in bankruptcy proceedings*

por

JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ

Abogado

Sentencia de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2014 y referencia fina a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2014.

RESUMEN: Este estudio trata de examinar algunas imprecisiones frecuentes sobre las deudas de urbanización desde las perspectivas del derecho civil, del Registro de la Propiedad y del derecho concursal.

ABSTRACT: *This study tries to examine some common inaccuracies about the debts of urbanization from the perspective of civil law, the Land Registry and bankruptcy law.*

PALABRAS CLAVE: Afeción real, gastos urbanización, Juntas de Compensación, concurso acreedores, créditos privilegio especial.

KEY WORDS: *Land Registry affection, development expenses, Compensation Boards, bankruptcy, special privilege claims.*

SUMARIO: I. RESUMEN DE LA SENTENCIA.—II. COMENTARIOS: 1. EL ORIGEN DEL DEBER DE URBANIZAR. 2. EL COMIENZO DE LAS FUNCIONES DE LA JUNTA. 3. EL DEVENGO DE LOS CRÉDITOS. 4. EL RECONOCIMIENTO DE ESTOS CRÉDITOS COMO CALIFICADOS CON PROTECCIÓN ESPECIAL. 5. ¿HACIA LA FIJACIÓN DE UNA DOCTRINA LEGAL DE LA SALA 1.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO POR SU SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2014?

I. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Sección 28.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2014 se introduce en la encrucijada evidente que surge entre las instituciones civiles, la regulación legal de los procesos de ejecución de urbanización y su reflejo en el régimen concursal cuando se dan los frecuentes supuestos en época de una crisis tan honda como la sufrida en estos años en los que son también frecuentes las entidades mercantiles cuyo objeto es la urbanización de terrenos en ejecución del planeamiento, lo que plantea evidentes dificultades

porque es comprensible el difícil empeño de conocer con rigor cada uno de aquellos campos normativos.

Una de estas oportunidades es la contemplada en la sentencia que comentaremos en la que concurren precisamente los conceptos expresados.

Sin perjuicio del detalle de sus pronunciamientos, en ella se contienen afirmaciones como las que aquí reproducimos:

- a) *«La afección real que recae sobre las fincas de resultado a consecuencia de la inscripción del instrumento de equidistribución, no garantiza la obligación de pago de las derramas, de modo que los créditos derivados de las derramas anteriores a la declaración del concurso no pueden incluirse entre los créditos con privilegio especial, pues dicha afección no tiene el carácter de hipoteca legal».*
- b) *Aunque la Junta de Compensación tiene naturaleza jurídico-pública, «puesto que cumple una función de orden urbanístico aunque a través de ella sean los propios interesados los que desarrollan tal función pública (SSTS 29 de diciembre de 1987 y 11 de marzo de 1899) no queda exenta de sujetarse al derecho privado en la medida en que gestiona intereses privados de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, de manera que al contratar no está sujeta a las formalidades propias del Derecho Administrativo (STS de 30 de octubre de 1989)». No obstante, «la relación de la Junta con la finca no procede de ningún negocio jurídico sino que se crea directamente por la ley».*
- c) *La Junta, «si no hubiera adquirido el derecho de propiedad de las fincas incluidas en la unidad de ejecución, tiene un poder de disposición sobre las fincas aportadas con el fin de gestionar y ejecutar el proyecto de compensación (art. 159.3 TRES y art. 183 RGU)». Aunque es «la nota marginal de finca afectada... (la que) permite hacer constar las facultades dispositivas de la Junta».*
- d) *La aprobación del proyecto de compensación «marca el comienzo de la ejecución material del proceso urbanizador».*
- e) *Por fin se cita el artículo 19 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio de 1997, que comentaremos por separado.*
- f) *Se refiere por fin a la problemática de los créditos contra la masa y al rango de los créditos en la Ley Concursal, sin decidirse a darles ninguna calificación pues dice, incluso los acordados en «derramas anteriores a la declaración de concurso no pueden incluirse entre los créditos con privilegio especial, pues dicha afección no tiene el carácter de hipoteca legal», pero excluyendo las derramas aprobadas por la Asamblea.*

Estamos por tanto ante un catálogo de calificaciones jurídicas que reflejan cuestiones concretas aunque, a nuestro juicio, dentro de las imprecisiones y errores de concepto que se barajan con cierta desenvoltura trasladando efectos a la diversidad de situaciones planteadas de modo en ocasiones incoherente.

II. COMENTARIOS

A través de un esfuerzo costoso de contemplar un tipo de situaciones como la presente mediante una visión integral de las mismas, hace algún tiempo tuvimos ocasión de exponer nuestra investigación sobre el concurso de las normas apli-

cables y presentar soluciones coherentes en la búsqueda de la unidad sustancial del derecho, que es en todo caso exigible en aras de la seguridad jurídica y de los intereses puestos en juego. Se publicaron así por el autor de estos comentarios dos obras generales bajo los títulos de *Afecciones Registrales, Aplicaciones Tributarias y Urbanísticas* en el año 2005 y, principalmente, al calor de la ya crisis económica aparecida con el título *Gastos de Urbanización, Procesos concursales y Derivaciones Patrimoniales* de 2011¹.

Las dificultades de presentar una doctrina coherente quedan patentes en el propio contenido resultante de la sentencia que comentamos, en la que junto a elementos positivos aparecen otros que enturbian su adecuada comprensión.

Para tratar de esclarecer la problemática general planteada, nos parece más adecuado hacer una exposición ordenada de sus pronunciamientos del modo siguiente:

1. EL ORIGEN DEL DEBER DE URBANIZAR

Salvo cuando se eligiera un sistema de actuación exclusivamente público, como es el de expropiación, en el que se expropia para urbanizar, tanto en el de admisión plena de la iniciativa privada, el sistema de compensación, como en el mixto de asunción de la obligación por la urbanización a costa de los propietarios, siempre la urbanización supone la imposición de un deber legal imputable a los particulares según su cuota de participación que abarca también de modo imperativo la equidistribución de beneficios y cargas bajo la tutela, fiscalización y control de la Administración.

En particular, las Juntas de Compensación, aunque de creación voluntaria, una vez constituidas suponen la existencia de lo que se ha llamado Cuasi-Administración, cuyos actos, salvo aquellos genuinamente privados y los que por su naturaleza así lo consienten, siempre son susceptibles de impugnación como actos administrativos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, previo recurso de alzada ante la Administración de la que dependen, con las salvedades también de los procesos concursales en beneficio del Juez del Concurso.

Por tanto, no puede decirse que las Juntas «*no quedan exentas de sujetarse al derecho privado en la medida en que gestiona intereses privados de sus miembros, sin ejercicio directo de funciones públicas, de manera que al contratar no está sujeta a las formalidades propias del Derecho Administrativo*» (STS de 30 de octubre de 1989).

Y ello porque, aunque sea cierto que inicialmente la contratación esté sujeta al Derecho Privado, en su función más genuina lo que ostentan dichas entidades es una función vicaria, encomendada de acuerdo con el régimen legal por las Administraciones, que siempre ostentan entre sus miembros y los sucesores voluntarios o legales de ellas en virtud del principio de subrogación legal, bajo el control y asistencia de las mismas con sus prerrogativas cuando se trata de procedimientos imperativos.

De no ser así, no se entiende que la falta de incorporación diera lugar a la expropiación de los disidentes, la facultad de iniciar el procedimiento de apremio e incluso en el ámbito de la Comunidad de Madrid también las potestades directas de apremio o, por fin, la atribución de una facultad tan excepcional como la del ejercicio de la facultad fiduciaria de disposición que según la jurisprudencia puede abarcar a los bienes municipales incorporados.

En este sentido no existe base legal alguna por la que se condicione el ejercicio de esta facultad a la constancia, en el folio registral de la finca, de la nota de aplicación del sistema de compensación. En los antecedentes históricos de esta relevante facultad se exigía la previsión expresa en los Estatutos; después, con ocasión de la reforma legal de 1975 se eliminó esta exigencia, lo que supone que basta con que la finca figure incorporada en la escritura de constitución o en la posterior adhesión a ella, con indicación de su titular. Por tanto, no es necesaria la existencia de la nota porque el acuerdo de la Asamblea vincula a sus miembros y solo en caso extremo podría plantearse la inexistencia de la facultad si pretendiera ejercitarse respecto de una finca cuyo propietario no se hubiera adherido a la Junta, en cuyo caso el vacío tendría que resolverse mediante su expropiación pero sin que la nota tenga un valor constituyente del ejercicio de las facultades legales.

Por tanto, la exigibilidad de los créditos insatisfechos a los miembros que han cumplido sus obligaciones incluso respecto de los deudores les convierte no en créditos de la Administración sino en créditos contraídos en cumplimiento de un deber legal que ostenta la cobertura de la afectación real declarada directamente por la Ley, asimilados según hemos sostenido a los créditos garantizados con hipoteca legal, es decir, créditos con privilegio especial, aunque así no los denomine la ley, como tampoco lo hace, por ejemplo, en el caso de los créditos contra los deudores de elementos privativos en régimen de propiedad horizontal.

De todo ello se deduce que, siendo a nuestro juicio correctas algunas afirmaciones de la sentencia en las conclusiones a las que llega, utiliza sin embargo una línea argumental que siendo coherente llevaría a un resultado contrario.

A lo cual ha de añadirse un grupo unitario que marca la excepción en una de las vertientes de la exigibilidad de los créditos insatisfechos, como es el que se produce cuando los promotores de la iniciativa o sus sucesores voluntarios o legales, salvo el caso de asunción tácita de la deuda, son sustituidos por los terceros adquirentes de las parcelas de reemplazo una vez inscrito el proyecto de reparcelación y estando vigente la afectación y sus causantes no han satisfecho las deudas y resultan insolventes, casos en los que la vía judicial adecuada debe ser la ordinaria civil ya que a la Administración no le corresponde por sí verificar las relaciones jurídicas implicadas en la sucesión de la deuda frente a terceros.

2. EL COMIENZO DE LAS FUNCIONES DE LA JUNTA

De nuevo se pretende encontrar literalmente los momentos cronológicos determinantes del inicio de efectos en la aplicación del sistema de compensación.

En este caso se acude a la aprobación del proyecto de compensación que es el que «marca el comienzo de la ejecución material del proceso urbanizador».

Esta interpretación, que ha sido utilizada alguna vez en la práctica, desconoce la existencia previa de actividades imprescindibles de la Junta que han comenzado antes, como por ejemplo el inicio y la consumación de procedimientos expropiatorios y su valoración, la identificación de fincas y titulares, la valoración de elementos patrimoniales que deben desaparecer, la acción de investigación de suelos potencialmente contaminados, etc.

Podríamos decir que existe vida antes de la aprobación del proyecto de compensación, que la demora de la ejecución de la urbanización puede convertir en inútil la iniciativa, ya que puede durar años su aprobación, y que sería incompatible precisamente con las facultades excepcionales que la Ley da.

El problema está en los gastos en los que puede incurrirse en ese período cuando aún no hay nota de afección ni cuenta de liquidación y, sin embargo, pueden darse grandes desembolsos como es el caso de expropiaciones de no adheridos o ceses de actividades económicas que en caso de insolvencia de alguno de los miembros de la Junta quedarían sin cobertura.

Más compleja nos parece la eficacia material de la nota de aplicación del sistema, que por definición carece de expresión dineraria y la anotación preventiva de embargo de iniciación del procedimiento de apremio².

En todo caso, es evidente que la complejidad de la cuestión planteada se ve agravada por el hecho de que tanto la Ley Concursal, que es del año 2003, como el Real Decreto de 1997, son promulgados cuando aún no había explotado la crisis económica con su incidencia máxima en el sector inmobiliario. Es por ello criticable que cuando se formula la Ley del Suelo del Estado en 2007 y su Texto Refundido de 2008 se desaproveche la oportunidad de proporcionar una regulación completa y coherente, siendo así que el Urbanismo que prevalece a partir de estas novedades ya no es el Urbanismo del aprovechamiento sino el de la deuda, con lo que deja a todos los operadores carentes de un texto normativo adecuado a los nuevos tiempos que aún continúan.

3. EL DEVENGO DE LOS CRÉDITOS

Al vencer todos los créditos en el momento de ser declarado el concurso al quedar todos los acreedores integrados en la masa de acreedores, de acuerdo con su clasificación según el artículo 49, y al no poderse iniciar ejecuciones singulares según el artículo 55.1, con las especialidades de los contratos con obligaciones recíprocas del artículo 61, los créditos posteriores son créditos contra la masa.

Partiendo de este principio, la sentencia referida a los créditos por gastos de urbanización excluye las derramas aprobadas por la Asamblea que se quedan en una especie de limbo al rechazar que sean ni siquiera deudas contra la masa las cantidades reclamadas en base a derramas futuras por entender que en estos casos *«puedan considerarse resultantes de prestaciones derivadas de un contrato, artículo 84.2.6° (ya que) tampoco la participación de los interesados en la gestión urbanística a través del sistema de compensación genera relación contractual con la Junta de Compensación. De dicha participación surgen obligaciones legales no contractuales»*, explicando después que *«el crédito no deriva del ejercicio de una actividad empresarial, sino de las obligaciones legales que tienen su origen en dicho proceso»*.

Ante la ambigüedad que resulta de los párrafos transcritos entendemos que conviene aclarar:

- a) Que los gastos de urbanización en sentido propio son los que se ejercitan por un tercero, en virtud de un contrato, contra la Junta o alguno de sus miembros. Estos serían créditos comunes nacidos de la autonomía de la voluntad pero no del *status* legal de ejecución del planeamiento. Por eso las obligaciones legales a las que alude el texto son las de los partícipes, no las de los acreedores de la Junta.
- b) Siendo esto así y estando ante unas obligaciones legales, las derramas futuras son créditos sucesivos que, en la fase de haber sido declarado el concurso, cubren prestaciones sucesivas hasta que, finalizadas las obras de urbanización, se produce su recepción por la Administración, en cuyo

momento cesa el período legal, como recoge igualmente la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Ahora bien, no consistiendo en una obligación de dar unitaria sino de hacer, todo el proceso urbanizador posterior rebela la existencia de prestaciones de rango sucesivo, algunas de las cuales, por ejemplo, el pago de los justiprecios de expropiaciones en tramitación, se devengan cuando el crédito queda determinado por sentencia firme.

El hecho de que todo ello se produzca después de la declaración del concurso, lo que hace perder el rango de crédito con privilegio especial, no puede llegar a suponer que pierda al menos el carácter de crédito contra la masa pagadero en el momento de su vencimiento porque cuando menos supone una consolidación de una plusvalía que incrementa el valor del bien por lo que o se sacrifica al expropiado negándole el pago o se produciría un enriquecimiento indebido en provecho de los acreedores, a los que se les eximiría del pago por no existir contrato cuando al ser una obligación legal se sobrepone a la autonomía de la voluntad, lo que ha de tener una repercusión económica fundamental, como así lo entienden las Administraciones Concursales cuando en la práctica aceptan el pago como deuda de la masa.

Lo que es cierto en cambio, como recoge la sentencia, es que al tratarse de créditos posteriores al crédito reconocido, quedan fuera de la cobertura del crédito con privilegio y ni siquiera se pueden añadir *a posteriori* ante la imposibilidad de ejecutar la garantía contra los bienes del concursado, como se recoge en la Ley y sanciona la Dirección General de los Registros en su Resolución de 25 de julio de 2014, la cual, refiriéndose a las expropiaciones a cargo del concursado, impide la ejecución aun fijado el justiprecio judicialmente después de declarado el concurso ya que «*no entra dentro de la excepciones que a la paralización de las ejecuciones se refiere el artículo 55.1 de la Ley Concursal, relativo a determinados apremios administrativos*».

4. EL RECONOCIMIENTO DE ESTOS CRÉDITOS COMO CALIFICADOS CON PROTECCIÓN ESPECIAL

El tema central se plantea ante la calificación de los créditos devengados antes de la declaración del concurso que, como hemos expuesto en nuestra obra *Gastos de Urbanización, Procesos Concursales y Derivaciones Patrimoniales*, antes citada, deben ser calificados como créditos con privilegio especial.

Las razones que de contrario se han expuesto, aunque existen también testimonios judiciales positivos, se sitúan en estos términos:

- a) En la Ley Concursal no se recoge esta categoría, que tampoco es asimilable a la hipoteca legal.

Respondiendo a ello, debe decirse que se emplea el término usual moderno que comprende el mismo desarrollo institucional que las hipotecas, ya que las referencias a las de la Ley Hipotecaria, como advirtió Roca lo que representaban era un supuesto particular que previsiblemente sería ampliado, como así ha ocurrido a otros supuestos generados fuera de la Ley.

La legislación urbanística recoge en este sentido el término afección real y este modelo, creado *ex lege* para garantizar una obligación dimanante de la configuración del planeamiento como función pública, abarca los

- mismos efectos que la hipoteca legal a la que se refiere la Ley Concursal, aunque se omita su denominación legal.
- b) De la afección se ha dicho también que no es un derecho real. Nos excusamos de aportar los testimonios más autorizados de la doctrina mercantilista para demostrar que sus efectos son los mismos. Si, a su vez, los contrastamos con la doctrina clásica de los hipotecaristas, en especial ROCA SASTRE, advertimos que se dan las notas de su definición magistral. Así, como sucede con la hipoteca, es un derecho real de realización del valor, en garantía de una obligación dineraria, que vincula a los titulares posteriores de los bienes gravados. Es decir, recae directamente sobre la cosa, en virtud del mandato legal, por lo que se trata de un *ius in re*, aunque carente de contacto posesorio, y es oponible *erga omnes*.
 - c) El hecho de que sea una hipoteca tácita no es excepción: en el caso de la afección de los bienes transmitidos cuando son elementos privativos de un edificio o complejo inmobiliario en régimen de propiedad horizontal tampoco está inscrita la obligación dineraria y, cuando menos, en el caso de estar inscrito el proyecto de reparcelación sí, aunque podría no estarlo si consta la cuota de participación como en la división horizontal, para la exacción de cuotas de urbanización anteriores al proyecto de reparcelación, como autoriza el Real Decreto de 4 de julio de 1997.
 - d) En prueba de ello, la propia sentencia cita y reproduce el artículo 19 del Real Decreto citado, interpretado de acuerdo con su sentido normativo profundo incluso según su apartado 2 en la fase de ejecución en la Resolución de 25 de julio de 2014 del principio sancionado en el apartado 1 en cuanto afecta a «*todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto*», con excepción de los créditos privilegiados del Estado anotados con anterioridad a la práctica de la afección.

Otra cosa es que todo lo que se reclame sean realmente créditos por gastos de urbanización. En este sentido, la largueza con la que han operado los procesos urbanísticos antes de la crisis, en cuanto soportaban cualquier gasto pueda ser mantenida cuando la nueva situación ha transformado la realidad económica, como también la alegría con la que actuaban las Administraciones a través de los penosos convenios urbanísticos, han incluido en la cuenta de aportaciones prestaciones, a veces de anticipado cumplimiento, que excedían de los deberes legales para luego querer trasladarlos incluso a terceros al incluirlos en las cuentas de liquidación.

En este sentido, cuando se habla del deber legal de urbanizar, este deber ha de quedar reducido a los que son gastos materiales de urbanización y a lo sumo conceptos asimilados a ellos, como son los gastos de proyecto y los importes de las compensaciones por extinción de derechos incompatibles.

El problema en estos casos es que los importes reclamados constituyen un *prius* que dimana de actos firmes de las Administraciones o de decisiones judiciales definitivas, lo que supone que el Juez de lo Mercantil debe entenderse que ha de recibirlos como le llegan.

Paralelamente pierden todo sentido las previsiones contenidas en el Reglamento entre las liquidaciones provisionales y las definitivas que si ya eran inadmisibles en los casos ordinarios por quebrantar la certeza de la deuda, inherente al principio de especialidad frente a terceros al ser incompatibles con la cuantía

definitiva de la obligación frente a ellos, lo es más significativamente cuando en los procesos concursales se ha reconocido el crédito por las decisiones admitidas por la Ley.

5. ¿HACIA LA FIJACIÓN DE UNA DOCTRINA LEGAL DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO POR SU SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2014?

La larga duración de los procesos concursales producto de su complejidad y la aparición masiva de los mismos, hacía imposible contar con puntos de apoyo en la jurisprudencia sobre los que construir una estructura coherente para el tratamiento concursal de las nuevas manifestaciones del urbanismo de esta época, en la que se ha producido un cambio en el centro de gravedad desde el aprovechamiento como cuestión esencial al urbanismo de la deuda, y más en especial de las deudas por incumplimiento de las obligaciones de urbanizar.

Debe reconocerse que la doctrina mayoritaria ha sido la que sigue la línea de la sentencia comentada, aunque existen también sentencias de Juzgados dictadas en sentido conforme con la posición de nuestra obra e informes concursales, alguno de ellos de los más significativos que siguen también esta tesis. Accediendo a su ejecución como cualquier otro crédito dotado de garantía real.

En todo caso sin embargo el comienzo de la llegada de la casación de las sentencias resolutorias de incidentes concursales ha dado lugar a un pronunciamiento expreso de la Sala 1.^a en su Sentencia de 15 de julio de 2014³ a favor de la calificación como crédito con privilegio especial, con base en la identificación de la afección con la figura de la hipoteca legal y además tácita, recogida en la Ley Concursal.

Aunque la sentencia incurre también en errores importantes, el más grave de todos, a nuestro juicio, al admitir el importe provisional de la liquidación pendiente de liquidación definitiva, claramente repudiable en perjuicio de tercero tanto por insuficiencia de la norma —el Reglamento de Gestión Urbanística— como por atentar gravemente al principio hipotecario de especialidad y a razones elementales de seguridad jurídica, en cuanto a la cuestión central hemos de mostrar nuestro parecer favorable, tanto más cuanto revalida el criterio que mantuvimos explícitamente ya en 2011.

En todo caso es evidente que la sentencia requiere un tratamiento más de fondo en congruencia con la rica variedad de consecuencias derivadas de este criterio cuando además, como ya se ha indicado, es evidente la insuficiencia normativa con rango de ley que debe acompañarle.

No obstante, en cuanto abre una vía de interpretación tan novedosa y, a nuestro parecer adecuada, debe entenderse que supone una toma de decisión de fondo llamada a convertirse en doctrina legal.

Por todo ello, ateniéndonos estrictamente a su texto, nos permitimos reproducir literalmente el contenido de la Sentencia de 15 de julio de 2014 en cuanto a sus Fundamentos de Derecho respecto de los extremos de interés en esta materia:

«3. *El carácter de garantía real de la obligación. Son de destacar los siguientes preceptos:*

El artículo 16.6 (actualmente apartado 2, del texto vigente) del Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por el RD 2/2008 (RCL 2008, 1260), establece: "los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes del apartado anterior".

También el artículo 126 del RGU dispone: "las fincas resultantes quedarán afectadas, con carácter real, al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado que a cada una se le asigne (...). Esta afectación será preferente a cualquier otra y a todas las hipotecas y cargas anteriores, excepto a los créditos a favor del Estado..."; y el artículo 178 del mismo texto legal, señala: "las fincas resultantes del acuerdo definitivo de compensación quedarán gravadas, con carácter real, al pago de la cantidad que corresponda a cada finca, en el presupuesto previsto de los costes de urbanización del polígono o unidad de actuación a que se refiera, en su día al saldo definitivo de la cuenta de dichos costes".

Por último, el Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886) sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, aprobado por RD 1093/1997, de 4 de julio (RCL 1997, 1861), reitera, en su artículo 19, lo siguiente: "quedarán afectos al cumplimiento de la obligación de urbanizar y de los demás deberes dimanantes del proyecto y de la legislación urbanística, todos los titulares del dominio u otros derechos reales sobre las fincas de resultado del expediente de equidistribución, incluso aquellos cuyos derechos constasen inscritos en el Registro con anterioridad a la aprobación del Proyecto, con excepción del Estado...".

La Jurisprudencia se ha pronunciado sobre el carácter privilegiado y preferente de las cargas urbanísticas a favor de la Junta de Compensación. Así, entre otras, la muy expresiva de 9 de julio de 1990 (RJ 1990, 6328), Sala 3.ª, sección 5.ª cuando señala: "por muchas que sean las hipotecas que recaigan sobre una parcela no afectan a la garantía de los costes de urbanización que le correspondan, ya que de acuerdo con el artículo 126 del Reglamento de Gestión Urbanística al que se remite el 178 estos costes quedan asegurados con garantía real preferente o cualquier otro y a todas las hipotecas y cargas anteriores".

Tal privilegio supone una hipoteca legal tácita. Los artículos 158.1 y 159 LH solo consideran hipotecas legales las admitidas e inscritas expresamente con tal carácter; y el párrafo segundo del primer precepto citado añade: "las personas a cuyo favor concede la Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente...", trámite que no suele seguirse, por la preferencia de cobro que tiene el titular del privilegio sobre el bien, y por suponer un gravamen real, que es una situación de sujeción en la que se encuentra el propietario sobre cuya cosa existe establecido un derecho real a favor de otro, en este caso la Junta de compensación.

La preferencia y afectación real que hemos señalado tiene relación con el artículo 53.1 TRLS, referido a la clase de asientos que debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, al disponer que se harán constar por "inscripción" los actos a que se refieren los apartados 1, 2, 7 y 8 del artículo 51 (que en su apartado 1 declara inscribibles "los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística, en cuanto supongan modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación...") y se harán constar por "nota marginal" los actos y acuerdos a que se refiere el artículo 51 que tendrán vigencia indefinida para dar a conocer la situación urbanística.

El Reglamento de Gestión Urbanística, en su artículo 20, señala que la afectación caducará a los 7 años desde su fecha, salvo que la cuenta provisional se hubiera elevado a definitiva, en cuyo supuesto la caducidad tendrá lugar a los dos años de la contratación del saldo definitivo.

A la vista de cuanto precede, cabe concluir que las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una

preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad, por lo que cabe hablar, de conformidad con el artículo 90.1.1º LC (RCL 2003, 1748), de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el Registro de la Propiedad, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir a que se convierta de forma expresa con tal carácter (art. 158.2 LH). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial, pues en el apartado 2 del artículo 90 LC, se establece que, para que pueda ser clasificada con tal carácter, “la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores”».

NOTAS

¹ LASO MARTÍNEZ, J. L. (2005), *Afecciones Registrales, Aplicaciones Tributarias y Urbanísticas*, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio Nacional de Registradores. Madrid; LASO MARTÍNEZ, J. L. (2001). *Gastos de Urbanización, Procesos Concursales y Derivaciones Patrimoniales*. Madrid: Cuadernos de Derecho Registral de la Fundación Registral.

² A esta cuestión nos referimos en la obra *Afecciones Registrales*, antes citada, págs. 47 y sigs.

³ Sentencia número 379/2014, RJ 2014/4532.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 11 de noviembre de 2014, se celebró en el Paraninfo de la Universidad de Granada, el ACTO DE INAUGURACIÓN DEL CURSO ACADÉMICO 2014/2015 DE LA CÁTEDRA DE DERECHO REGISTRAL, organizada por la Universidad de Granada, Registradores de España y Registradores de Andalucía Oriental.

Mesa de inauguración:

- D. Francisco GONZÁLEZ LODEIRO, Rector Magnífico de la Universidad de Granada.
- D. Pablo ANGULO RODRÍGUEZ, Decano Territorial del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Oriental.
- D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho.
- D. José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Director del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano.
- D. Guillermo OROZCO PARDO, Director del Departamento de Civil.
- Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral UGR.
- D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga 1 y Oficina Liquidadora de distrito hipotecario.

Ponencia de Inauguración:

- «El favorecimiento de la empresa viable en las reformas de la Ley Concursal 2013/2014. (Líneas esenciales desde la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014)»
- D. Enrique SANJUAN Y MUÑOZ, Magistrado especialista en Derecho Mercantil de Granada.
Presenta: don José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Director del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano. Catedrático de Derecho Mercantil.

El día 23 de octubre de 2014, se celebró en Sevilla la CONFERENCIA *LA SUBASTA JUDICIAL*, organizada por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Decanato Territorial de Andalucía Occidental, con el siguiente programa:

Presentación: a cargo de don Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del Servicio de Estudios del Decanato de Andalucía Occidental.

- «Naturaleza jurídica de la subasta judicial y sus implicaciones fiscales», por don Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, Becario de Investigación FPU de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia).
- «La adquisición del derecho real en la subasta judicial», por don Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

ARAGÓN

El día 1 de octubre, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar la *JORNADA FUNCIÓN Y SIGNIFICADO DE LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS*, con el siguiente programa:

Inauguración: a cargo de doña Carmen AGÜERAS ANGULO, Letrada Mayor de las Cortes de Aragón.

Presentación de las Jornadas: por don José TUDELA ARANDA, Secretario General de la Fundación, y doña Encarnación FERNÁNDEZ DE SIMÓN, Presidenta de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos y Letrada-Secretaria General de la Asamblea Regional de Murcia.

Ponencias:

- «Función y significado de los Parlamentos autonómicos», por don Manuel ARAGÓN REYES, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid, Exmagistrado del Tribunal Constitucional.
- «Una visión desde la ciencia política de la función de control parlamentaria», por don Juan Luis PANIAGUA SOTO, Catedrático de Ciencia Política, Universidad Complutense de Madrid.
- «Ley y función legislativa en el Parlamento autonómico», por don Lluís AGUILÓ LÚCIA, Letrado de las Cortes Valencianas, Profesor titular de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia.

- «La retribución profesional de los diputados autonómicos. ¿Un lujo o una exigencia de principio democrático?», por don Javier GARCÍA ROCA, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.
- «Las relaciones de las Cortes Generales con los Parlamentos autonómicos», por don Manuel ALBA NAVARRO, Letrado de las Cortes Generales, Exsecretario General del Congreso de los Diputados y del Senado.
- «Algunas propuestas de mejora del rendimiento institucional», por don José Ignacio NAVARRO MÉNDEZ, Letrado del Parlamento de Canarias, Ex-Letrado Mayor.
- «La participación en los Parlamentos autonómicos. Presente y futuro», por don Josu OSÉS ABANDO, Letrado del Parlamento Vasco.
- «Parlamento autonómico y renovación democrática», por don Esteban GRECIET GARCÍA, Letrado de la Asamblea de Madrid.

El día 9 de octubre, organizado por Ibercaja Obra Social y coordinado por el Despacho ASCI-Asesoramiento Concursal, tuvo lugar el DESAYUNO JURÍDICO *¿QUÉ ES UN CONCURSO DE ACREEDORES?*

El día 21 de octubre, organizada por la Fundación Manuel Giménez Abad, tuvo lugar la CONFERENCIA-COLOQUIO *ESPAÑA EN UN MUNDO EN CAMBIO*, impartida por don Antonio GARRIGUES WALKER, Presidente de ACNUR-España.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

CRESPO GARRIDO, María, *La protección fiscal de la familia en una sociedad envejecida: equidad y eficiencia en la gestión del gasto público desde la perspectiva comparada*, Lex Nova, S.A., Valladolid, 2014, 392 páginas.

por

DRA. ENCARNACIÓN ABAD ARENAS
*Profesora-Tutora del CA de Barcelona de la UNED
Acreditada (PA) por la ANECA*

En estas líneas abordamos la reseña de una obra que ha sido fruto del Proyecto de Investigación «Economías de escala de las políticas sociales: Estados Unidos vs España», patrocinado por el Instituto Franklin-UAH. Proyecto enmarcado en el Plan de Investigación del Instituto llamado «Innova-USA» y, cuya investigadora principal es la propia autora.

La autora de la monografía, la Doctora María CRESPO GARRIDO, en la actualidad Profesora Titular del Departamento de Hacienda Pública de la Universidad de Alcalá, además de haber desarrollado una actividad docente e investigadora intensa en la materia, ha presentado ponencias y comunicaciones en Congresos internacionales y nacionales. En los últimos años, además de la mencionada monografía, la Autora ha publicado, varios artículos en revistas nacionales e internacionales así como otros tantos capítulos en volúmenes colectivos de carácter especializado.

Entre sus distintas aportaciones científicas, podemos destacar la monografía titulada, *Fiscalidad práctica del Impuesto sobre Sociedades*, Editorial Universidad Alcalá de Henares, 2010, 1.^a ed., Colección Textos Universitarios Economía; o de sus artículos o capítulos: «Aspectos económicos, fiscales y presupuestarios de la propiedad intelectual. De las sociedades de intermediación a la financiación pública», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 33, 2013, págs. 21-38; «Particularidades de la fiscalidad de la dación de inmuebles en pago de deudas consecuencias técnicas para los sujetos activo y pasivo del derecho de crédito garantizado con hipoteca impagado», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 89, núm. 735, 2013, págs. 69-110; «Medidas públicas y fiscales que aportan soluciones a los retos actuales: Desigualdades económicas y sociales entre hombres y mujeres, es posible una política familiar efectiva con superávit en las cuentas públicas», en *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Civitas ediciones, 2013, págs. 139-167, etc.

En cuanto a la estructura de la monografía que en esta referencia bibliográfica abordamos, conviene señalar que está dividida en tres grandes capítulos. En ellos, la Profesora CRESPO GARRIDO alude a las medidas eficaces de protección

de la familia que se han utilizado con distintos resultados en países cercanos al nuestro. Asimismo, la política familiar como no podía ser de otra forma es abordada desde una doble vertiente, de una parte, desde el prisma de la equidad; de otra, desde el cumplimiento del principio de eficiencia en la gestión del gasto público.

El primer capítulo intitulado «Las mejores prácticas en políticas públicas de protección a la familia y fomento de la fecundidad», está estructurado en dos amplios y esclarecedores epígrafes. Así en el primero, la Profesora CRESPO GARRIDO revisa la situación demográfica en los países del OCDE, analizando detenidamente el tamaño y composición de los hogares. En este punto, analiza los motivos originadores del cambio en la composición de la pirámide poblacional, y elabora propuestas favorecedoras del rejuvenecimiento social de los países europeos castigados por un envejecimiento poblacional que cuestiona la viabilidad del sistema de prestaciones sociales. La Autora concluye, a la vista de los resultados, que la mayoría de los europeos viven en hogares integrados por ambos cónyuges o miembros de la pareja. No obstante, se aprecia una tendencia creciente de hogares monoparentales, lo que debería alertar a los poderes públicos, toda vez que en aquellos se da un mayor riesgo de pobreza que en los integrados por ambos progenitores.

En el segundo epígrafe, elabora exhaustivamente los datos sobre costes económicos y de oportunidad de la maternidad y plantea las medidas públicas de impulso, protección y fomento de la natalidad capaces de promover a corto plazo el rejuvenecimiento social. Además, y sobre los factores que inciden positiva y negativamente en las decisiones de maternidad, elabora un amplio elenco de políticas públicas que podrían minimizar o anular los efectos negativos en las decisiones sobre natalidad.

El capítulo segundo, lleva por título: «Percepción ciudadana sobre el gasto público en familia como instrumento distributivo: Prestaciones sociales vs carga fiscal» y, en él, partiendo del papel que juega en el proceso social la renta disponible de los ciudadanos, la Autora describe las distintas posibilidades de mejora de la capacidad adquisitiva de los españoles, tanto desde la perspectiva de los gastos originados como de los ingresos percibidos a través del IRPF. Asimismo, se detiene en el escenario de crisis económica que sufren los países integrantes de la OCDE, destacando como significativa «la crisis demográfica que está poniendo en cuestión la sostenibilidad del sistema de prestaciones sociales». En este punto, la Profesora CRESPO GARRIDO da como solución a la problemática anterior, que dicha tendencia podría cambiarse si la acción de los poderes públicos fuese sostenida en el tiempo.

Además, la autora aborda detenidamente algunas de las líneas de actuación propuestas en los principios rectores en el año 2011 por el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, con motivo del Año internacional de la Familia de 2014.

Y, dentro de estas líneas de actuación, de una parte, revisa desde la perspectiva individual de los usuarios de los presupuestos públicos y desde la perspectiva de estos últimos, los diferentes niveles de gasto público en las políticas educativas, sanitarias y de envejecimiento y dependencia, con la pretensión de que se pongan en marcha las iniciativas necesarias que permitan la conciliación familiar-laboral. Iniciativa que requiere, como con acierto puntualiza, la unión de una necesaria disponibilidad de tiempo por los progenitores con una renta per cápita que mejore el bienestar familiar. De otra, con la finalidad de constatar cómo incide en la mejora de la capacidad adquisitiva real de los individuos,

compara los niveles de gasto público social realizados en diferentes países de la OCDE en educación, sanidad y envejecimiento y los resultados obtenidos. En este punto estima que la acción de los poderes públicos se puede articular tanto en la vertiente presupuestaria del gasto, como mediante una reforma fiscal que modifique el gravamen de los rendimientos declarados por las personas físicas. Finalmente, concluye con la carga fiscal sostenida por los individuos, evidenciando que los niveles de presión fiscal soportados son inferiores en comparación con las prestaciones percibidas; de modo que, en el supuesto de que fuese posible los sujetos son partidarios de participar en el coste de los servicios sociales a la privatización de estos.

El tercer y último capítulo, dedicado a «El IRPF como tributo no neutral frente al tamaño y composición de la familia», está estructurado, a su vez, en tres epígrafes. En ellos, la Profesora CRESPO GARRIDO con el rigor de los capítulos precedentes, aborda, entre otras cuestiones, el marco teórico del tratamiento de la renta en el IRPF español y, deteniéndose en el concepto fiscal de renta de las principales reformas legislativas españolas acaecidas durante los siglos XX y XXI. Asimismo, examina en el mínimo personal y familiar vs deducciones por motivos familiares y, en una propuesta de mejora de la tributación familiar en España. Para ello plantea una propuesta de reforma fiscal del IRPF español, capaz de adecuar la renta gravada a la capacidad económica real de los usuarios de prestaciones sociales en nuestro país, teniendo en cuenta que en el ámbito socio-sanitario cada vez más frecuente la participación de los usuarios en el coste de la prestación del servicio. También, analiza el gravamen de los rendimientos del trabajo y su relación con el tamaño de las familias y, en concreto y cuantitativamente la brecha fiscal comparada según la situación familiar en diferentes países, llegando a la conclusión de que este es uno de los factores que inciden de forma positiva en la tasa de desempleo, provocando esta brecha un tratamiento no neutral de la familia en el IRPF. Y, por último, como posible solución a la problemática originada de la gestión de un gasto público más eficaz que mejore los resultados y el beneficio social en la provisión de servicios educativos, sanitarios y sociales, estima imprescindible que los presupuestos públicos se ajusten al verdadero estado de necesidad.

La obra, con carácter previo a los anexos legislativos y bibliográficos, se complementa con unas «Conclusiones generales». En buena lógica, corresponde transcribir algunos de sus puntos más relevantes: «1) En el momento actual, la situación económica está poniendo especial énfasis en la contribución de los ciudadanos a la financiación de los servicios públicos, por lo que la carga fiscal del usuario de los mismos se ve duplicada. Es necesario plantear la posibilidad de introducir o rehabilitar antiguas deducciones de la cuota del impuesto de IRPF que permitan dotar de un grado de subjetividad tal que haga de este un tributo que cumpla la equidad vertical, atendiendo de forma distinta circunstancias diferentes de los contribuyentes; 2) En el momento actual parece existir práctica unanimidad por parte de los ciudadanos al reclamar políticas que mejoren el bienestar de las familias y, en concreto ayudas dirigidas a: políticas que mejoren la conciliación de la vida familiar y laboral, fomento del alquiler y/o adquisición de la vivienda habitual y una política educativa solvente que garantice el acceso a una educación de calidad en igualdad de oportunidades. Esta gestión de las políticas públicas debe realizarse con eficacia y equidad como principios irrenunciables; 3) En la actualidad existe una confusión entre políticas de igualdad y medidas que fomenten la conciliación de la vida perso-

nal y familiar, siendo ambas realidades distintas. El legislador presupone que la responsabilidad de conciliar siempre recae en la mujer, lo cual, obliga a que la mujer acceda al mercado de trabajo bajo el estigma de la doble responsabilidad, impidiéndole acceder en condiciones de igualdad respecto del hombre. El éxito de las políticas de la conciliación radica en su universalización y, el objetivo de la conciliación es conseguir tiempo para que las personas, puedan trabajar para vivir sin tener que vivir para trabajar. Todos los trabajadores tienen derecho a que se les ofrezcan medidas conciliadoras. Las políticas de conciliación, generan una rentabilidad a muy corto plazo: porque favoreciendo la motivación se consigue un índice de fidelización que mejora la productividad de los empleados en un reducido espacio de tiempo, favoreciendo una mano de obra eficaz y motivada; 4) El gravamen del IRPF español debería modificarse en una doble vertiente: de una parte, es necesario hacer más visible las economías de escala surgidas en el seno de las familias, para lo cual se propone una revitalización de las deducciones de la cuota por motivos sanitarios, así como la introducción de nuevas deducciones derivadas de la coparticipación en la financiación de servicios públicos; de otra, determinar que la cuantía deducible por razón de estos conceptos no provoque un desajuste presupuestario si las partidas máximas consignadas se hacen coincidir con el crédito fiscal del que disponía estando vigente la deducibilidad por adquisición de vivienda habitual». La autora con estas conclusiones, acertada y científicamente, aporta un amplio elenco de recomendaciones referidas al trato fiscal que debería dispensarse a la familia si la pretensión es promover su estabilidad y la maternidad desde los poderes públicos.

En definitiva, estamos ante una importante obra monográfica de investigación donde con gran acierto científico, y a partir del análisis de la realidad demográfica en los países del OCDE, elabora un estudio presupuestario real contrastado con la percepción ciudadana de los niveles de gasto social realizado en España en la última década. A mayor abundamiento, plantea medidas fiscales de mejora del bienestar de las familias, en un momento en el que las arcas públicas de nuestro país hace necesario que el gasto público sea especialmente eficiente.

Sin duda, la Profesora CRESPO GARRIDO con esta obra esclarece de forma categórica cuáles son las razones por las que es recomendable de conformidad con el entorno macroeconómico internacional realizar en España una reforma fiscal en la que teniendo en cuenta las especiales circunstancias personales y familiares que presentan los individuos, se adecúen las necesidades económicas de estos a su auténtica capacidad de pago.

En resumidas cuentas, se trata de una obra científica y rigurosa, en el que la Profesora CRESPO GARRIDO se centra, prioritariamente, sobre el contexto de crisis económica desencadenante de la disminución de empleo y la reducción de capacidad adquisitiva de los individuos; al tiempo este entorno evidencia el deterioro sufrido por los presupuestos públicos, ya no solo en la capacidad de pago de las clases medias, sino en su propia desaparición, originando ello la imposibilidad del sostenimiento de los gastos públicos. De modo que tanto el tema elegido, como la metodología de estudio y exposición, hacen de este volumen una obra de necesaria consulta.

Recensión bibliográfica: MURGA FERNÁNDEZ, J. P. y TOMÁS TOMÁS, S. (Dirs.). (2014). *El derecho patrimonial frente a la crisis económica en Italia y en España*. Padua: CEDAM (663 páginas). ISBN: 978-88-13-34583-9.

por

SERGI COROMINAS BACH
*Doctorando y Becario FPI del Área de Derecho Procesal
de la Universidad de Girona*

La obra cuya recensión me dispongo a presentar en las siguientes líneas destaca por su carácter original, a la vez que necesaria, profunda y multidisciplinar. Su eje central es la crisis económica que desde hace unos años está afectando a los países europeos, generando cambios sustanciales en múltiples aspectos de nuestra sociedad. Esencialmente y desde el punto de vista del Derecho como ciencia social, los problemas derivan de la incapacidad de empresas y particulares de hacer frente a sus obligaciones, ya sea respecto a otros entes privados o al propio Estado. La solución pasa por adecuar las instituciones existentes y/o crear nuevos instrumentos para hacer frente a este nuevo *status quo*, ya sea por parte del legislador o de los Tribunales en la aplicación del Derecho. No obstante, esta es una ardua y no siempre efectiva tarea, no solo por la naturaleza de las instituciones que se pretenden modificar, sino sobre todo por el hecho que la efectividad de estas solo puede predicarse a partir de su aplicación. Por esta misma razón y de un modo comparado, esta obra pretende analizar, con espíritu crítico, todos aquellos instrumentos y medidas que se han adoptado y propuesto en Italia y en España para adecuar las leyes a una realidad cambiante, tanto en Derecho Civil, como en Derecho Procesal, Administrativo, Tributario y Laboral.

De este modo, se presenta al lector una obra en la que se tratan todas aquellas cuestiones cuya controversia ha propiciado la crisis económica. Sin duda alguna, un producto único de la fructífera dirección de Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ y SALVADOR TOMÁS Tomás. Estos dos jóvenes investigadores de primer nivel han sabido amasar las diferentes particularidades de los distintos cuerpos legales y jurisprudenciales, tomando la crisis económica como hilo conductor de este libro.

Estructuralmente, la obra se articula en tres grandes secciones a tenor de las distintas ramas del Derecho objeto de estudio. Se inicia, acertadamente, con una sección dedicada al Derecho Privado; luego procede a cuestiones relacionadas con el Derecho Procesal; y, finalmente, concluye con una última sección en la que se juntan temas de Derecho Administrativo, Tributario y Laboral. Pasemos a ver cuál es el contenido de las diferentes secciones.

La primera sección está compuesta por diecisiete capítulos que tratan cuestiones heterogéneas y de candente actualidad en el Derecho Privado. En el primer capítulo y a partir de la exposición de los presupuestos de la ejecución hipotecaria de la residencia habitual, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO realiza un completo análisis normativo y jurisprudencial de los problemas y soluciones propuestas alrededor de esta institución, tanto a nivel procesal, como sustantivo. Sigue BELLI con la naturaleza y aplicación del artículo 23.5 TUF, en un interesante estudio sobre las reformas acaecidas en el sector de la intermediación financiera en el ordenamiento jurídico italiano. El tercer capítulo, por otro lado, se centra en la vivienda ante la crisis de pareja de hecho en España. En un camino para la consecución de la igualdad entre la pareja de hecho y el matrimonio, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

trata, de un modo brillante y comparativamente con Italia, la atribución de la vivienda familiar ante la crisis de la pareja de hecho. Acto seguido, DE LA IGLESIA PRADOS analiza la tradicional figura romana de la cláusula *rebus sic stantibus* como motivo suficiente para la resolución contractual. En el siguiente capítulo y a tenor de las leyes aprobadas, Díez Soto hace un estudio del desarrollo de las empresas de inversión en bienes fungibles, concretamente de la intervención y posterior bancarrota de Afinsa y Fórum Filatélico. ESPEJO LERDO DE TEJADA continúa con un profundo análisis del efecto *traditivo* de la escritura de compraventa ante los supuestos de compraventa de cosa futura, reserva de dominio y aquellos supuestos patológicos relacionados con el *tradens* o el título. El capítulo siete, por su parte, destaca por examinar, desde una perspectiva jurídico-económica, el activismo de los accionistas en las asambleas societarias, a partir de las diferentes estructuras de propiedad y de la mano de FORMISANI. Procede FRANZONI tratando extensamente los puntos que debería tener en cuenta el operador en la intermediación financiera en cuanto a su responsabilidad, especialmente en la fase precontractual. Seguidamente, GANDÍA PÉREZ estudia detalladamente todos los aspectos relacionados con la compensación de créditos como forma de aumento del capital social, desde su naturaleza hasta las consecuencias de esta práctica empresarial. No podía faltar en una obra de estas características, el décimo capítulo relativo a la protección del deudor en la ejecución hipotecaria. Por esta misma razón, JIMÉNEZ PARÍS se centra en la situación anterior del deudor frente a las medidas que la «ley antidesahucios» ha propuesto con la finalidad de hacer responsable al deudor hipotecario únicamente por el valor real de la vivienda. MURGA FERNÁNDEZ prosigue destacando la importancia de la naturaleza de la llamada «venta forzosa» y, a partir de la jurisprudencia italiana y española, propone una reformulación sin precedentes de la posición de DIEZ-PICAZO en cuanto a la naturaleza de esta institución. PAPANTI-PELLETIER, por otro lado, adopta una perspectiva más general pero no menos interesante en su investigación sobre el orden público económico como categoría autónoma en los diferentes ordenamientos jurídicos europeos. En el siguiente capítulo, REQUEIXO XOUTO nos presenta, con una argumentación sólida y en base a las figuras afines, los pactos sucesorios como un elemento de financiación de las pequeñas empresas, al mismo tiempo que refuerza la continuidad de las mismas por parte de los sucesores. RICCIO describe, en el capítulo catorce de esta primera parte y destacando las novedades legales y jurisprudenciales, casos concretos de adquisición del título originario en relación a los conflictos con el derecho real de garantía, como, por ejemplo, la usucapión del bien hipotecado y pignorado antes de la fecha de adquisición título originario. El capítulo quince entra en el Derecho de Sucesiones, un aspecto tampoco libre de mutación ante esta crisis económica, tal y como apunta RUBIO GARRIDO. Los dos últimos capítulos de esta parte se centran en la vivienda. En el capítulo dieciséis, TRIGO GARCÍA adopta una óptica arrendaticia para desarrollar la evolución de la regulación de esta materia, haciendo especial hincapié en la reciente Ley 4/2013. VÁZQUEZ RUANO, por otra parte y de acuerdo con la reciente jurisprudencia del TJCE, finaliza esta parte relativa al Derecho Patrimonial con un análisis profundo de las cláusulas abusivas en el contrato de mutuo hipotecario.

La segunda sección consta de dieciocho capítulos dedicados a diversos temas de Derecho Procesal que la crisis económica ha sacado a la luz. ARTACHO MARTÍN-LAGOS inicia esta segunda sección con un interesante planteamiento de la anulación del laudo arbitral a tenor de las recientes Directivas para mejorar el acceso a la justicia de los consumidores a través de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (ADR). El segundo capítulo está dedicado al control

de oficio por el juez español de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. CABRERA MERCADO parte de la doctrina de CALAMANDREI y del fundamento de la actuación de oficio de los jueces en los procesos de ejecución hipotecaria, para analizar la STJUE de 14 de marzo de 2013. A continuación, CASTILLO FELIPE destaca la importancia de la motivación del escrito de oposición al proceso monitorio como instrumento que da carácter controvertido a la deuda. El cuarto capítulo está dedicado al Derecho Internacional Privado. DOMÍNGUEZ RUIZ analiza, concisa pero profundamente, todos los aspectos del Reglamento núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Por otro lado, también encontramos varios capítulos dedicados al proceso concursal. Es el caso del quinto capítulo, en el que GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN desglosa el artículo 176 bis de la Ley Concursal en sus 5 apartados con la finalidad de apuntar los problemas que genera su respectiva aplicación en esta fase final del proceso concursal. Siguiendo en la misma materia, GARRIDO CARRILLO no tan solo se centra en la jurisdicción y competencia en el proceso concursal, sino que incluso trata la tramitación del proceso según sea un concurso voluntario o necesario. Para acabar este bloque concursal, GÓMEZ AMIGO expone los frutos de su investigación sobre el incidente concursal, tanto en relación al procedimiento, como a las partes y la sentencia que pone fin al mismo. Otra materia que debía estar presente en esta sección es la mediación, ya que es otro ADR que la Unión Europea quiere fomentar en distintas materias. Por esta misma razón, JIMÉNEZ CONDE analiza profundamente la mediación civil y mercantil en el capítulo octavo y MARTÍN HUERTAS postula la mediación familiar como medio para resolver las controversias, en el capítulo diez. Además, resulta extremadamente innovador el capítulo nueve dedicado al estudio de la formación del mediador y del coste de la mediación que nos brinda LAFUENTE TORRALBA. Asimismo, esta parte más concreta de la mediación se ve complementada con un inusual estudio del concepto de la mediación por SIGÜENZA LÓPEZ; y, por último, GINEBRA MOLINS y TARABAL BOSCH nos presentan la voluntariedad como principio dúctil de esta institución. En relación a la insolvencia, ORTIZ VIDAL analiza el procedimiento de insolvencia internacional desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. El Derecho de la Unión Europea también está presente en esta sección relativa al Derecho Procesal. RUIZ MORENO y SARRIÓN ESTEVE hacen un extenso tratamiento sistemático de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al título ejecutivo, el laudo arbitral y las cláusulas abusivas en materia hipotecaria, en los capítulos once y doce, respectivamente. TOMÁS TOMÁS, por su parte, indaga en las consecuencias procesales del deudor concursado a través de un análisis del artículo 40 de la Ley Concursal, procedido por un interesante estudio de la naturaleza de las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor. Esta perspectiva procesal de la crisis económica finaliza con dos capítulos casi obligados dedicados al arbitraje. Concretamente, en relación a la cláusula arbitral en materia societaria y en materia de consumo. VALENCIA MIRÓN estudia la primera en clave de tutela judicial efectiva, mientras que ZUCCONI GALLI FONSECA se centra en elementos de la cláusula arbitral de consumo, tales como la ilicitud de la misma o las distintas fases del proceso arbitral posterior.

La última sección y la más breve, vendría a representar un cajón de sastre de temas que, si bien resultan de gran interés, no pueden encajarse en las dos secciones precedentes por su naturaleza administrativa, tributaria e, incluso, laboral. Abre esta sección CÁMARA BARROSO con un capítulo dedicado a las últimas novedades en materia tributaria en el ordenamiento jurídico español. En otro

orden y tal y como se ha apuntado, la crisis económica conlleva que determinadas obligaciones no puedan llevarse a cabo, sin perjuicio de que la otra parte contractual deba tributar por exigibilidad de la operación. DE LA PEÑA AMORÓS analiza detalladamente estos supuestos en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, el Impuesto de Sociedades y el Impuesto sobre el Valor Añadido. Coge el relevo DÍAZ GONZÁLEZ, afrontando el ya en sí mismo problemático Decreto-ley para desarrollar su papel como instrumento de regulación en una situación extraordinaria como la presente crisis económica. Más adelante, GUTIÉRREZ ALONSO toma como objeto la posición de los bancos centrales en el presente contexto. Destaca especialmente, el estudio que realiza de la tarea del Banco Central Europeo. A este le siguen varios capítulos destinados a diferentes temas concretos. En primer lugar, FERNÁNDEZ SCAGLIUSI investiga la valoración de los bienes demaniales y su regulación de un modo comparado. Tampoco falta la perspectiva iuslaboralista de SELMA PENALVA en su tratamiento de los privilegios refaccionarios como garantía, dónde propone alternativas a los problemas de aplicación detectados. Seguidamente y volviendo al ámbito tributario, MACARRO OSUNA nos presenta los frutos de su investigación sobre la disolución de la comunidad de bienes y el Impuesto de Transmisiones Patrimonial y Actos Jurídicos Documentados. Asimismo, MIRAS MARÍN nos plantea un tema tan relevante como son las transmisiones de acciones nominativas y su imputación des de un concepto económico-tributario de la propiedad. Por último, SELMA PENALVA concluye esta magnífica obra colectiva tratando un tema tan interesante como espinoso: la dación en pago pero desde la inusual perspectiva fiscal.

Como puede deducirse de esta exposición sumarásima de la estructura y contenidos de *El Derecho Patrimonial frente a la crisis económica en Italia y en España*, estamos ante una obra que no tan solo trata diferentes ramas de nuestro ordenamiento jurídico, sino que lo hace desde distintos puntos de vista. A mi parecer, los ordenamientos jurídicos de los Estados europeos requieren, junto con una visión nacional, una perspectiva comunitaria e internacional por las diferentes competencias cedidas por los Estados a entes supranacionales. Esta obra no tan solo tiene en cuenta los diferentes niveles normativos de las instituciones del ordenamiento jurídico español, sino que además aporta un análisis comparado profundo y constante con las respectivas instituciones en el ordenamiento jurídico italiano.

Ni que decir tiene que esta tarea de dirección ha contado con la colaboración y participación de expertos en cada uno de los aspectos tratados, desde jóvenes investigadores en pleno apogeo investigador hasta investigadores consolidados y altamente respetados por la doctrina y jurisprudencia.

Por todo ello, el resultado no podría ser mejor. Empezando por los autores, pasando por la edición, el hilo argumental, los contenidos y los temas, y acabando por las distintas ramas de derecho tratadas y la estructura, debo afirmar que el lector se encontrará con una obra de una calidad sobresaliente.

Solo añadir que esta amalgama de autores propicia un interesante contexto para una lectura y debate que, ya sea entre alumnos de grado o entre expertos investigadores, solo puede ser enriquecedor. Quiero finalizar dando mi más cordial enhorabuena a los autores y directores y espero, muy sinceramente, que esta obra fortalezca a todos para continuar en esta tarea de aproximación de los ordenamientos italiano y español.

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 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 1.1.
 - Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
 - Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
 - Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
 - 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 al pie 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.
- II. 1.
- III. 1. A.
- IV. 1. A. a)
- V. 1. A. a) a)

- 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.

- Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFIA, 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 las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, 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. Ciudad: Editorial (págs. 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. 2^o. Barcelona: Bosch (págs. 1764-1790).

— *Artículo:*

APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, núm. 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, págs. 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 citas al pie de página 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.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002