

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCVII •

Mayo-Junio

• Núm. 785

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 XCVII • Mayo-Junio 2021 • Núm. 785

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad adscrito
a la DGSJFP

Comisión ejecutiva

María Emilia Adán García
Decana del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Basilio Aguirre Fernández
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

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

Francisco Javier Gómez Gállico
Presidente de la Revista Crítica
de Derecho Inmobiliario

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Antonio Pau Pedrón
Ex Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

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

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Francisco Javier Gómez Gállico
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Juan María Díaz Fraile
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Fernando Pedro Méndez González
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Eugenio Rodríguez Cepeda
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Alfonso Candau Pérez
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carmen Alonso Ledesma
Catedrática Emérita de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Andrés de la Oliva Santos
Catedrático Emérito de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

Fernando de la Puente Alfaro
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Manuel Espejo Lerdo de Tejada
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

Antonio Fernández de Buján y Fernández
Catedrático de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Madrid

María Paz García Rubio
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Santiago

Eugenio Gomeza Eleizalde
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGSJFP

Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal
Supremo

Cristina Martínez Ruiz
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

María Ángeles Parra Lucán
Magistrada de la Sala Primera
del Tribunal Supremo
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Juana Pulgar Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Guadalupe Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos
Secretaria General del Consejo de Estado

Piedad García-Escudero Márquez
Catedrática de Derecho Constitucional
de la UCM y Letrada de las Cortes
Generales

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad y Mercantil

Juan Luis Gimeno Gómez Lafuente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- FLORES SEGURA, Marta: «Las operaciones de liquidación societaria» / *Corporate winding-up Operations*..... 1407
- GARCÍA GARCÍA, Antonio: «El derecho real de comiso y los problemas del “Derecho nuevo” de Cataluña: comentario a la RDGRN de 29 de agosto de 2019» / *The in-rem right of comiso and the issues with the «new law» of Catalonia: a comment to the DGRN Resolution of 29 August 2019*..... 1455
- SANTANA NAVARRO, Francisco: «La accesión en el ámbito familiar» / *Accession at family level*..... 1511

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- DE BARRÓN ARNICHES, Paloma: «La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario» / *The Call Option and the Directive 2014/17/EU*..... 1547

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- ANDRADES NAVARRO, Agustín: «Suspensión de la prescripción adquisitiva durante la vigencia del estado de alarma» / *Suspension of the acquisitive prescription during the validity of the state of alarm*..... 1607

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- BORETTO MAURICIO: «Revisión contractual, emergencia sanitaria y “COVID-19” desde la óptica del derecho argentino» / *Contractual revision, health emergency and «COVID-19» from the point of view of argentine law* 1643

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA / RESOLUTIONS OF THE GENERAL DIRECTORATE OF LEGAL SECURITY AND PUBLIC FAITH

- Resumen de Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO 1673

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Algunas cuestiones sobre la patria potestad prorrogada y sobre la patria potestad rehabilitada. Su próxima eliminación del ordenamiento jurídico» / *Some questions about the extended parental authority and the rehabilitated parental authority. Your next elimination of the legal order*, por Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1725

1.2. Derecho de familia:

- «El derecho de relación de los abuelos: una relectura» / *Grandparents' contact rights: a critical assessment*, por Jordi RIBOT IGUALADA 1744

1.3. Derechos reales:

- «El principio de transparencia y el consumidor en el préstamo garantizado con hipoteca» / *The principle of transparency and the consumer in mortgage loan*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.. 1765

1.4. Sucesiones:

- «Desheredados en tiempos de pandemia» / *Disinherited in times of pandemic*, por Blanca SILLERO CROVETTO 1781

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor» / *Effects of the guarantee holds between the guarantor and the creditor*, por Francisco MILLÁN SALAS... 1815

1.6. Responsabilidad civil:

- «Intervención de acreedores y cesionarios de los partícipes en el juicio de división de cosa común» / *Intervention of creditors and assignees of the participants in the division procedure*, por Alejandro TOFIÑO PADRINO 1858

1.7. Concursal:

- «Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda con arreglo al Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero. El problema de la enajenación de la vivienda arrendada durante la prórroga extraordinaria» / *Extraordinary extension of housing lease contracts in accordance with Royal Decree Law 2/2021, of January 26. The problem of the disposal of the rented dwelling during the extraordinary extension*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1886

2. MERCANTIL:

- «Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito revolving). Parte I» / *The imprescriptible action for nullity and its prescriptible compensation (usury, nullity and the relevance of the revolving loan) Part I*, por Ramón DURÁN RIVACOBIA y Natalia MUÑOZ CASANOVA 1905
- «De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios. Algunas notas sobre la extensión del convenio arbitral a la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones» / *Again about corporate sale and action for damages. Some notes of the active legitimation of the acquired company in the event of breach of the representations and warranties*, por Francisco REDONDO TRIGO 1940

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados	
— «La procedente revisión del régimen tradicional de inscripción de la propiedad horizontal tumbada como diferenciado del aplicable al complejo inmobiliario y a la propiedad horizontal ordinaria» / <i>The need to change the traditional registration regime for laying-down horizontal property as different from that applicable to the building complex and the ordinary horizontal property</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN	1956
4. DERECHO BANCARIO	
— «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» / <i>The floor clause under debate: critical analysis of the control of consent and contents in the Supreme Court case law</i> , por Davinia CADENAS OSUNA	1978

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	2025

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«El deslinde de fincas», de Sofía SALAS MURILLO, por Javier GÓMEZ GÁLLIGO	2029
«Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo», de Miguel RUIZ MUÑOZ y Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBÓ, (dirs.), Mónica LASTIRI SANTIAGO (coord.), por Irene NAVARRO FRÍAS	2032
«Las medidas cautelares y la ejecución de la sentencia», de J.A. CUEVAS SEGARRA, por Antonio M. ROMÁN GARCÍA.....	2037

ESTUDIOS

Las operaciones de liquidación societaria*

Corporate winding-up Operations

por

MARTA FLORES SEGURA

*Profesora contratada Doctora de Derecho mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

RESUMEN: El presente trabajo constituye un análisis pormenorizado de las operaciones que integran la liquidación societaria y que están encaminadas a poner fin a las relaciones jurídicas de la sociedad tras su disolución. Se abordan, en este sentido, la conclusión de las operaciones pendientes y la realización de las nuevas que sean necesarias para la liquidación de la sociedad (art. 384 LSC); el cobro de los créditos y el pago de las deudas sociales (art. 385 LSC); la llevanza de la contabilidad (art. 386 LSC); la enajenación de los bienes sociales (art. 387 LSC); y el deber de informar a los socios y acreedores (art. 388 LSC). Se estudia, igualmente, la posibilidad de sustituir a los liquidadores debido a una duración excesiva de la liquidación (art. 389 LSC).

ABSTRACT: *This paper performs a detailed analysis of the winding-up operations which aim at ending the legal relations of a corporation once it has been dissolved. In this sense, the paper goes through the conclusion of*

* Trabajo desarrollado en el marco del proyecto de investigación «Financiación y reestructuración como soluciones preconcursales a las situaciones de crisis empresarial: su repercusión en el Derecho concursal, societario y de la competencia», financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (DER2017-84263).

pending operations and the performance of any new ones which are necessary for the winding-up (art. 384 of the Spanish Corporate Enterprises Act); the collection of claims and the payment of debts (art. 385); accounting duties (art. 386); the sale of corporate assets (art. 387); and the duty to inform shareholders and creditors (art. 388). Additionally, the paper examines the possibility of substituting the liquidators in case the winding-up operations have an excessive duration (art. 389).

PALABRAS CLAVE: Sociedades mercantiles. Liquidación. Disolución. Extinción.

KEY WORDS: Corporations. Winding-up. Dissolution. Extinction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OPERACIONES SOCIALES: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA CONCLUSIÓN DE OPERACIONES PENDIENTES. 3. LA REALIZACIÓN DE LAS NUEVAS OPERACIONES NECESARIAS PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD: A) *El concepto de «operación necesaria»*. B) *La competencia para la determinación de la necesidad de una concreta operación*. C) *Limitación del ámbito de actuación de los liquidadores*. D) *Las consecuencias del incumplimiento*.—III. EL COBRO DE LOS CRÉDITOS Y EL PAGO DE LAS DEUDAS SOCIALES: 1. EL PAGO A LOS ACREEDORES: A) *El principio de neutralidad sobre los acreedores y sobre los créditos*. B) *Los subrogados del pago*. C) *La incapacidad de la sociedad en liquidación para hacer frente a las deudas sociales*. 2. EL COBRO A LOS DEUDORES. 3. LA EXACCIÓN DE LOS DIVIDENDOS PASIVOS PENDIENTES.—IV. LOS DEBERES DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD Y DE CONSERVACIÓN: 1. EL DEBER DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD. 2. EL DEBER DE LLEVANZA Y CUSTODIA DE LA DOCUMENTACIÓN CONTABLE.—V. LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. MODALIDADES DE ENAJENACIÓN. 3. POSIBLES ADQUIRENTES. 4. LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS ESENCIALES. 5. EXCEPCIONES AL DEBER DE ENAJENAR.—VI. EL DEBER DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS: 1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS LIQUIDADORES: A) *Destinatarios*. B) *Contenido del deber*. C) *La periodicidad del suministro de información*. D) *El suministro de información*. 2. LIQUIDACIONES ANTICIPADAS Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN. 3. EL DEBER DE PRESENTAR A LA JUNTA LAS CUENTAS ANUALES Y EL INFORME SOBRE EL ESTADO DE LA LIQUIDACIÓN: A) *Activación del deber*. B) *Contenido del deber*. C) *El informe pormenorizado sobre el estado de la liquidación*. 4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO.—VII. LA SUSTITUCIÓN DE LOS LIQUIDADORES POR DURACIÓN EXCESIVA

DE LA LIQUIDACIÓN: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS LIQUIDADORES: *A) Presupuestos. B) Legitimación activa para solicitar la separación. C) Cuestiones procedimentales.* 3. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN. 4. EL NOMBRAMIENTO DE NUEVOS LIQUIDADORES.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La extinción de una sociedad mercantil es el resultado de un proceso complejo integrado por tres fases: la disolución, la liquidación y la extinción propiamente dicha (GIRÓN, 1976, 333; PAZ-ARES, 1991, 1489; PAZ-ARES, 2006, 715 y sigs.; DE EIZAGUIRRE, 1993, 3 y sigs.; URÍA, MENÉNDEZ, y BELTRÁN, 2002, 14-15; URÍA, MENÉNDEZ, y BELTRÁN, 2007, 9; GARCÍA-CRUCES, 1998, 555). La liquidación, que constituye el objeto del presente trabajo, puede ser aprehendida desde una doble vertiente: por un lado, es un conjunto de actos que deben ser llevados a cabo para poner fin a las relaciones jurídicas de la sociedad; por otro, es un estado jurídico, pues la sociedad que se disuelve entra en un estado especial —el liquidatorio— con un régimen (parcialmente) propio, que debe indicarse en su denominación (art. 371 LSC; GARRIGUES, 1949, 1225; URÍA, 1976, 830; GIRÓN, 1976, 339; DE EIZAGUIRRE, 1993, 106; URÍA, MENÉNDEZ, y BELTRÁN, 2002, 133 y sigs.; BELTRÁN, 2011, 2592; SACRISTÁN, 2003, 191 y sigs.).

Las páginas que siguen se centran en la primera vertiente y constituyen una exégesis de los preceptos legales que regulan las operaciones de liquidación (a saber, los arts. 384 a 389 LSC). Se han dejado fuera, por razones de espacio, los hitos que marcan el inicio y el final de las operaciones de liquidación propiamente dichas, esto es, la elaboración del balance e inventario iniciales (art. 383 LSC) y la aprobación por la junta general del balance final y los documentos complementarios (art. 390 LSC).

II. LAS OPERACIONES SOCIALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 384 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los liquidadores un doble deber. Por un lado, se les exige que concluyan las operaciones pendientes. Por otro lado, que realicen las nuevas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad.

Sin perjuicio de cuanto más adelante se dirá en relación con el contenido específico de cada uno, ambos deberes comparten una *finalidad común*, a saber: coadyuvar a la consecución de la liquidación, entendida como una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios, para culminar con la extinción definitiva de la misma (v., entre otras, la RDGSJFP de 22 de mayo de 2001). El objetivo último de la liquidación consiste, pues, en determinar la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad (v., por ejemplo, la RDGSJFP de 29 de octubre de 1998).

Partiendo de esta identidad teleológica de los dos deberes, lo que caracteriza a cada uno de ellos es el ámbito respectivo sobre el cual se proyectan. Así, la conclusión de las operaciones pendientes se refiere, como es obvio, a operaciones que *ya existían* en el momento de disolución de la sociedad; mientras que la realización de operaciones nuevas tiene por objeto actuaciones *de nuevo cuño*. A mayor abundamiento, las actuaciones de los liquidadores parecen también limitadas por la terminología legal, ya que, en relación con las operaciones pendientes, únicamente se permite su «conclusión»; mientras que, en relación con las operaciones nuevas que sean necesarias para la liquidación, se permite, en términos mucho más amplios, su «realización». Obsérvese, en cualquier caso, que tanto para concluir las operaciones pendientes como para realizar las nuevas que sean precisas para la liquidación de la sociedad, pueden precisarse por parte de los liquidadores actuaciones en el ámbito interno de la sociedad (i.e., dentro de su gestión) y también en el ámbito externo (i.e., en relación con su representación frente a terceros, v. art. 379 LSC). La norma no incluye calificativo alguno del término «operaciones», de modo que extiende las funciones de los liquidadores a cualesquiera operaciones, no solo las de naturaleza estrictamente mercantil y civil, sino también laboral, tributaria, administrativa, en la medida en que convengan a la liquidación de la sociedad (ARANGUREN, 1996, 939). Por otra parte, la amplitud con la cual está configurada la norma permite entender comprendidos en el concepto de «operación» no solo actos o negocios jurídicos, sino también simples actos materiales, como la recogida de la cosecha o la reparación de la fachada de un edificio que corre el riesgo de derrumbarse.

2. LA CONCLUSIÓN DE OPERACIONES PENDIENTES

La conclusión de las operaciones pendientes constituye, sin lugar a duda, la más genuina de las operaciones de liquidación, ya que se orienta decidida-

mente hacia la extinción de la sociedad (BELTRÁN, 2011, 2652). En efecto, para que la sociedad se extinga con pleno respeto a la seguridad jurídica, se exige que todas las operaciones que la misma tenía pendientes sean debidamente ejecutadas. La sociedad no podrá extinguirse mientras existan contratos pendientes de ejecución pues, de otro modo, la seguridad del tráfico se vería resentida (URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 189). Ello es coherente con el mantenimiento, durante toda la fase liquidativa, de la personalidad jurídica de la sociedad. Ciertamente, si la sociedad mantiene inalterada su personalidad jurídica durante la liquidación, entonces conservan plena vigencia y eficacia los contratos anteriormente concluidos por la misma (contratos que llevarán aparejadas operaciones pendientes cuya conclusión será necesaria, dado que no se produce la sucesión de los socios en las relaciones societarias externas). Cuestión distinta es que, en ciertos contratos, esté pactado que la disolución de una de las personas jurídicas contratantes sea causa de resolución, pues, en tales casos, a ese pacto habrá que estar para aplicar sus consecuencias (VALPUESTA, 2018, 992).

Resulta problemático lo que haya de entenderse por «conclusión» de las operaciones pendientes. En efecto, en algunos casos el contenido del deber estará claro y será fácilmente determinable, pues consistirá en ordenar el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la sociedad o en demandarlo, cuando las prestaciones en cuestión sean a cargo de la contraparte contractual. Así ocurrirá en los contratos de *tracto único*, siempre y cuando las prestaciones a cargo de cada una de las partes hayan devenido exigibles. En los contratos de *tracto sucesivo*, sin embargo, se hace necesario perfilar con mayor precisión el deber de conclusión de las operaciones pendientes. Así, si el contrato en cuestión tiene una duración continuada, larga y predeterminada, será necesario esperar a la llegada del término para concluir las operaciones correspondientes, sin que la mera apertura de la liquidación societaria determine por sí sola el vencimiento anticipado del contrato. Lo anterior constituye una cuestión necesaria pero también problemática, porque ello puede alargar excesivamente el periodo de liquidación (URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 190). Evidentemente, si el contrato es de duración indefinida, este problema no existirá, pues cabrá la denuncia unilateral *ad nutum*. En los demás casos, surge la duda de si los liquidadores tienen la *obligación* de emplear todos los medios a su alcance para tratar de acortar la duración del contrato de duración predeterminada (v.gr. resolución o vencimiento anticipado con indemnización por daños y perjuicios a la contraparte contractual; cesión del contrato a un tercero con el consentimiento del contratante cedido; novación modificativa del contrato, etc.) o si, por el contrario, lo anterior no constituye una obligación exigible a los liquidadores, que podrían limitarse a esperar que venza el término inicialmente pactado. A nuestro juicio, sí puede predicarse un deber de los

liquidadores de intentar acortar, por todos los medios que el ordenamiento jurídico pone a su alcance, la duración de los contratos pendientes cuya finalización esté contractualmente prevista a largo plazo. Así puede inferirse de la posibilidad de sustituir a los liquidadores por duración excesiva de la liquidación (art. 389 LSC); posibilidad que induce a pensar que los liquidadores no pueden limitarse a mantener una actitud pasiva ante los contratos que tengan una duración predeterminada larga, sino que deben, por el contrario, demostrar una actitud proactiva para intentar acortar la finalización de los mismos (en apoyo de esta interpretación, véase URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 199, que consideran que la dilación en las operaciones de liquidación está justificada cuando existan relaciones jurídicas de cierta duración que no hayan podido ser extinguidas anticipadamente, lo cual, *a contrario*, implica que al menos debe intentarse dicha extinción anticipada). Se trataría, evidentemente, de una obligación de medios, no de resultado (pues es posible que, por falta de voluntad de la contraparte contractual, el acortamiento del término contractual no resulte factible o, aun siéndolo, sea excesivamente oneroso).

Evidentemente, también es posible que el contrato se resuelva por incumplimiento (de la sociedad o de la contraparte), con los efectos colaterales que ello puede implicar (a saber, la exigibilidad de una indemnización por daños y perjuicios). Finalmente, resulta asimismo posible concluir las operaciones pendientes mediante la participación de la sociedad en liquidación en una fusión, escisión o en una cesión global de activo y pasivo, lo cual supondría igualmente la transmisión de los contratos en curso. En cualquier caso, la decisión relativa a la realización de modificaciones estructurales como las anteriormente descritas escapa del ámbito de actuación de los liquidadores, pues la competencia para acordarlas corresponde a la junta general, y el procedimiento de liquidación de la sociedad sería entonces sustituido por el correspondiente a la modificación estructural en cuestión. En consecuencia, *stricto sensu* la sociedad disuelta no se extinguiría a causa de la liquidación, sino a consecuencia de la modificación estructural acordada.

3. LA REALIZACIÓN DE LAS NUEVAS OPERACIONES NECESARIAS PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

La necesidad de realizar nuevas operaciones (i.e., operaciones que no preexistían en el momento de apertura de la liquidación societaria) trae causa fundamentalmente de dos circunstancias: en primer lugar, normalmente resultarán necesarias actuaciones no estrictamente pertenecientes a la actividad social pero instrumentales para el desarrollo exitoso de la liquidación (v. gr. organización de subastas, búsqueda de terceros adquirentes,

etc.). En segundo lugar, la apertura de la liquidación de una sociedad no conlleva una modificación de su objeto social, ya que no tiene por qué implicar necesariamente el cese de la actividad empresarial. En otras palabras, no existen limitaciones a la capacidad general de obrar de una sociedad en liquidación. En este sentido, el artículo 384 de la Ley de Sociedades de Capital debe leerse conjuntamente con el que extiende la representación de los liquidadores a todas aquellas operaciones que sean necesarias para la liquidación de la sociedad (art. 379.2 LSC), entendida como la liquidación de los vínculos jurídicos (sin que ello determine la desaparición de la empresa, véase GARCÍA-CRUCES, 1998, 560 y sigs.). Aunque el proceso de liquidación societaria implique, necesariamente, la desaparición de la sociedad, no debería conllevar de forma ineludible la desaparición de la empresa de la cual aquella es titular. En consecuencia, los liquidadores podrán llevar a cabo todas las actuaciones que estimen convenientes a fin de alcanzar la extinción de las relaciones jurídicas que vinculan a la sociedad con los socios y con terceros, obteniendo así el resultado de la extinción social. Pero tal liquidación societaria no tiene por qué ir de la mano de una liquidación de la empresa que constituye su objeto social, pues el significado de la liquidación es puramente jurídico y no necesariamente económico (o material).

El artículo 384 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere a aquellas operaciones que revistan una doble condición: debe tratarse, por un lado, de operaciones «nuevas». Por otro lado, esas operaciones deben ser «necesarias para la liquidación». Diseccionaremos el ámbito de aplicación de la norma en los párrafos que siguen.

La *novedad* de las operaciones no reviste mayor dificultad, en el bien entendido de que debe tratarse de aquellas que no preexistían en el momento de la disolución. La novedad de una operación puede entenderse tanto en estricto sentido técnico-jurídico (i.e., como perfeccionamiento de nuevos contratos) como en sentido económico. Existe consenso en torno a que los contratos nuevos en sentido técnico-jurídico no plantean problemas de admisibilidad, siempre y cuando no impliquen la realización de operaciones nuevas en sentido económico (RUBIO, 1974, 500). Por ejemplo, si la sociedad, en cumplimiento de un contrato anterior a la disolución, tiene que enviar mercancía a otra localidad, entonces, el contrato de transporte o de seguro que cubra la expedición serán contratos nuevos en sentido técnico-jurídico, pero no serán operaciones económicamente nuevas, al complementar el cumplimiento de un contrato convenido con anterioridad a la liquidación (BELTRÁN, 2011, 2653). Sin embargo, como más adelante veremos, abogamos por la admisibilidad también de las operaciones que resulten económicamente nuevas, en el bien entendido de que la explotación de la sociedad no solo puede continuar durante la fase de liquidación, sino

que ello resulta la opción más deseable (véase, no obstante, GAY, 1930, 292; a favor, GARCÍA-CRUCES, 1998, 560 y sigs.).

El principal problema surge en relación con la *necesidad* de las operaciones. En este sentido, los interrogantes son tres: por un lado, qué operaciones deben reputarse necesarias. Por otro lado, a quién compete determinar si, en relación con una operación concreta, concurre o no el requisito de la necesidad para la liquidación de la sociedad. Y, finalmente, cuáles han de ser las consecuencias en caso de que el liquidador traspase el límite que marca la Ley y concluya operaciones nuevas e innecesarias para la liquidación.

A) El concepto de «operación necesaria»

Respecto a la primera de estas cuestiones (esto es, la determinación del alcance de las operaciones necesarias para concluir la liquidación), no existe una respuesta unívoca, pues la necesidad de las operaciones dependerá, evidentemente, de múltiples factores y circunstancias (v.gr., el tipo de liquidación —unitaria o fragmentada— por la cual se opte; la existencia o no de potenciales compradores interesados en la adquisición de los activos; la complejidad que revista la realización de cada tipo de activos; si la empresa sigue en funcionamiento o no, etc.). En definitiva, la determinación de si una operación es (o no) necesaria para liquidar la sociedad deberá realizarse caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes (PAÑEDA, 2018, 399). Una operación imprescindible para liquidar una sociedad puede resultar fútil para liquidar otra. Sin perjuicio de lo anterior, debe abogarse por una interpretación laxa del concepto de «operación necesaria para la liquidación» (téngase en cuenta, en todo caso, que, tradicionalmente, la jurisprudencia se ha inclinado por una interpretación rígida de las facultades del liquidador, véanse las STS de 10 de noviembre de 1899 y STS de 10 de marzo de 1909; FERNÁNDEZ DE ALARCÓN, 1996, 473).

El éxito de la liquidación dependerá, en buena medida, de que los liquidadores puedan realizar cualesquiera operaciones que hagan más ventajosa, fácil o rápida la liquidación de la sociedad (BELTRÁN, 2011, 2653). Así, puede ser necesario incurrir en nuevos costes de producción para preservar el valor de las existencias, o contratar personal comercial para favorecer la liquidación de las mismas. También puede ser necesario contratar personal de seguridad para garantizar la integridad de los bienes e instalaciones de la sociedad en liquidación; o buscar una nueva ubicación para las instalaciones de la sociedad, lo cual puede traducirse en la firma de un nuevo contrato de arrendamiento de local, económicamente más ajustado a las nuevas necesidades de la sociedad en liquidación. Estarían asimismo incluidos los contratos de reparación o mantenimiento de maquinaria u otros

bienes propiedad de la sociedad en liquidación, en la medida en que los mismos contribuirían a conservar e incluso maximizar su valor. También sería necesaria, por ejemplo, la contratación de letrados y procuradores para el ejercicio de acciones de reclamación o de cobro contra terceros; o para la defensa de la sociedad en litigios de los cuales sea parte demandada (véase, en este sentido, el art. 379.3 LSC), mas sin perder de vista la viabilidad de las acciones correspondientes, esto es, que el coste de su ejercicio no supere el eventual beneficio derivado de la estimación de las pretensiones (GARCÍA-CRUCES, 2009, 1260; PAÑEDA, 2018, 399 y 400).

La interpretación amplia del concepto de necesidad para la liquidación reduce, en consonancia, el ámbito de las operaciones prohibidas, esto es, aquellas cuya realización tienen vetada los liquidadores. Las operaciones prohibidas (por innecesarias) serían únicamente aquellas que no guarden relación alguna, directa o indirecta, con la liquidación (v.gr. la constitución de un gravamen real sobre un bien inmueble, ATS 194/1985, de 2 de julio; un arrendamiento de larga duración, STS 5667/2002, de 24 de julio). Se ha dicho, en este sentido, que las operaciones prohibidas serían exclusivamente aquellas que, lejos de ayudar a la liquidación, presupongan la vida activa de la sociedad, la intensifiquen o la prolonguen (URÍA, MENÉNDEZ, y BELTRÁN, 2002, 191; BELTRÁN, 2011, II, 2653, MIQUEL RODRÍGUEZ, 2016, 223; DE SENTMENAT, 1996, 459).

Sin embargo, la afirmación anterior debe necesariamente matizarse. En efecto, son imaginables situaciones en las cuales una operación, aparentemente, prolongue la vida activa de la sociedad, pero que, en realidad, coadyuve a su liquidación. Piénsese, por ejemplo, en el perfeccionamiento de un contrato de suministro con un tercero que permita a la sociedad en liquidación aliviar el stock existente de productos terminados. O bien en la continuación inalterada de las actividades que constituyan el objeto social con la finalidad última de enajenar la empresa en funcionamiento. Finalmente, también estaría alineada con los objetivos de la liquidación la continuación de la actividad para evitar los costes que una cesación abrupta de la misma podría generar (v.gr. penalizaciones en contratos con proveedores o clientes, etc.). En definitiva, estimamos necesaria una *aproximación funcional* al concepto de operación necesaria para la liquidación, en el bien entendido de que ciertas operaciones que, *prima facie*, prolonguen la vida activa de la sociedad, pueden en realidad contribuir a una liquidación más eficiente y, en consecuencia, reputarse necesarias para la misma (véase, en el mismo sentido, URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 192; BELTRÁN, 2011, 2654; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1261; FERNÁNDEZ DE ALARCÓN, 1996, 473; en contra, sin embargo, la STS de 10 de noviembre de 1899, que rechazó que los liquidadores pudieran celebrar contratos de seguros o renovar los suscritos con anterioridad a la disolución).

Por lo tanto, a la hora de determinar la admisibilidad o no de una determinada operación nueva, no deberá atenderse a la naturaleza de la operación en sí, sino a la finalidad de la misma. Siempre que la operación nueva esté alineada con los fines de la liquidación, resultará admisible, por mucho que, en apariencia, únicamente contribuya a prolongar la vida de la sociedad. Estimamos, por lo tanto, que ciertas operaciones que podrían parecer incompatibles con la liquidación (v.gr., la solicitud de un préstamo, el sometimiento a la junta de un proyecto de ampliación de capital o de una modificación estatutaria, como, por ejemplo, la supresión o la modificación de prestaciones accesorias o un aumento de capital por compensación de créditos) pueden, dependiendo de las circunstancias y de la motivación subyacente, estar alineadas con la liquidación y ser, en consecuencia, perfectamente aceptables.

En el mismo sentido, no consideramos automáticamente descartable la realización de operaciones nuevas de tracto sucesivo (v.gr. un contrato de arrendamiento de un inmueble o un contrato de suministro) cuya duración supere los tres años (como duración razonable de la fase de liquidación *ex* art. 389 LSC), pues, en tales casos, corresponderá al liquidador analizar la alineación del mismo con los fines de la liquidación (por ejemplo, si la firma incrementará significativamente el valor de realización de la empresa globalmente considerada, PAÑEDA, 2018, 399 y 400).

Se trata, en efecto, de preservar la integridad patrimonial de la sociedad en liquidación, mas no solo en un sentido meramente conservativo (véase el deber de los liquidadores de velar por la integridad del patrimonio social, art. 375 LSC), sino también *optimizador* (ARANGUREN, 1996, 939; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1259). Ello estaría alineado con la *visión gestional* de la liquidación, que la concibe como un cometido empresarial con miras a la obtención de una masa patrimonial lo más sustanciosa posible, tanto en interés de los acreedores como de los accionistas (DE EIZAGUIRRE, 1993, 163). La idea es permitir una gestión liquidatoria empresarial que optimice el activo social en tanto que patrimonio productivo, en contraste con la visión estática de la liquidación societaria inherente a la concepción tradicional. En definitiva, se trata de abogar por una liquidación materialmente conservativa en lugar de una liquidación materialmente extintiva (en la terminología empleada por GARCÍA-CRUCES, 2009, 1257).

Así las cosas, el único límite que estimamos infranqueable para la actuación de los liquidadores sería la continuación indefinida de la actividad social (véase BELTRÁN, 2011, 2653; STS 5667/2002, de 24 de julio; RDGSJFP de 3 de septiembre de 1998), equiparable a una reactivación *de facto* (DE EIZAGUIRRE, 1993, 174).

B) *La competencia para la determinación de la necesidad de una concreta operación*

El segundo problema es el relativo a determinar a quién (o quienes) corresponde determinar si una determinada operación concluida por los liquidadores con un tercero es, efectivamente, necesaria para la liquidación. La respuesta se antoja, al menos en apariencia, obvia: serán los propios liquidadores quienes deban evaluar, antes de realizar una determinada operación nueva, si la misma entra —o no— dentro de las facultades que la Ley les concede. El control externo de tal decisión vendría únicamente *ex post* (véase *infra*).

No parece que pueda exigirse al tercero que sirve como contraparte contractual que evalúe si la operación en cuestión es necesaria para la liquidación de la sociedad con la cual contrata, ya que, como hemos visto, tal necesidad únicamente puede determinarse a partir de un enfoque funcional y, en consecuencia, los terceros no están en posición de realizar una evaluación consistente a tal efecto.

C) *Limitación del ámbito de actuación de los liquidadores*

Se ha planteado también si puede limitarse el ámbito de actuación de los liquidadores, ya sea estatutariamente, ya sea mediante acuerdo de la junta. Al respecto, en consonancia con la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión (DE LA CÁMARA, 1977, 614; SÁNCHEZ PARODI, 1994, 573 y sigs., 580; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1229) consideramos que lo anterior es posible más únicamente *ad intra*, sin que las limitaciones puedan ser eficaces frente a terceros. La inoponibilidad *ad extra* de las limitaciones a las facultades de los liquidadores no obsta para que el incumplimiento de las mismas pueda dar lugar a la correspondiente responsabilidad de los liquidadores que no atendieron el mandato estatutario o derivado del oportuno acuerdo social (GARCÍA-CRUCES, 2009, 1229).

D) *Las consecuencias del incumplimiento*

Cuando los liquidadores realizan una operación innecesaria para la liquidación están, en puridad, extralimitándose en el ejercicio de sus funciones (véase, en este sentido, el artículo 379.2 LSC, que limita el poder de representación de los liquidadores a las operaciones necesarias para la liquidación de la sociedad). Surge la duda, por lo tanto, relativa a la validez y eficacia de estas actuaciones.

En la medida en que a los terceros que contraten con la sociedad no les corresponde dilucidar si la operación en cuestión resulta o no necesaria para la liquidación, y por analogía con las consecuencias de la actuación de los administradores al margen del objeto social (actuaciones *ultra vires*, art. 234.2 LSC), si los liquidadores se hubieran extralimitado en sus funciones y finalmente la operación se revelase innecesaria, los terceros (siempre y cuando sean de buena fe, lo cual se presume) podrán hacer valer frente a la sociedad los derechos adquiridos al contratar (En el mismo sentido, URÍA, MENÉNDEZ, y BELTRÁN, 2002, 192; URÍA, MENÉNDEZ, y BELTRÁN, 2007, 211; BELTRÁN, 2011, 2654; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1225; DE SENTMENAT, 1996, 460; FERNÁNDEZ DE ALARCÓN, 1996, 472; ARANGUREN, 1996, 939; PAÑEDA, 2018, 401; VALPUESTA, 2018, 993). Sin perjuicio de lo anterior, evidentemente, los liquidadores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales por el daño causado por su actuación (art. 375 en relación con el art. 238 LSC).

Para enervar la eficacia de la operación, no bastará con alegar que el tercero conocía (o podía conocer) por el Registro Mercantil el estado de liquidación de la sociedad. Y es que, ciertamente, lo determinante a estos efectos no es tanto la situación de liquidación que atraviesa la sociedad, sino la necesidad de la operación concreta para coadyuvar a dicha liquidación. Por lo tanto, el tercero estará protegido a menos que se acredite que obró de mala fe o con culpa grave, es decir, que sabía o debía saber que el contrato realizado no era una operación necesaria para la liquidación (art. 379 LSC; STS 5667/2002, de 24 de julio). Evidentemente, lo anterior se revela muy difícil, dado que la determinación de qué operaciones son necesarias y cuáles no es, como hemos visto anteriormente, totalmente casuística.

III. EL COBRO DE LOS CRÉDITOS Y EL PAGO DE LAS DEUDAS SOCIALES

El artículo 385 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los liquidadores dos competencias (la percepción de los créditos sociales y el pago de las deudas sociales) que constituyen, en realidad, auténticas obligaciones cuyo cumplimiento persigue, en última instancia, una misma finalidad: la conversión del patrimonio de la sociedad en dinero, para facilitar así la distribución del remanente entre los socios (a salvo, claro está, de los supuestos en los cuales quepa la restitución *in natura*, art. 393 LSC). Se contempla asimismo un caso especial de cobro de créditos de la sociedad, a saber: la exacción de los dividendos pasivos pendientes, que no constituyen sino un tipo concreto de crédito que la sociedad ostenta frente a los socios.

1. EL PAGO A LOS ACREEDORES

El pago a los acreedores sociales (o realización del pasivo) constituye la operación típica de la liquidación patrimonial y es un presupuesto inexcusable del posterior reparto del remanente entre los socios (véase, en este sentido, el art. 391.2 LSC). Como más adelante se verá, es posible que la sociedad en liquidación cuente con liquidez suficiente para hacer frente a sus obligaciones exigibles o que, por el contrario, no sea así, y que, en consecuencia, se vea abocada al concurso de acreedores (arts. 1 y 2 TRLC).

A) El principio de neutralidad sobre los acreedores y sobre los créditos

En franco contraste con la liquidación concursal, la regla general es que la apertura de la liquidación carece de efectos sobre las deudas societarias: las mismas no sufren modificaciones ni en cuanto a su contenido, ni en cuanto a su vencimiento, ni en cuanto a sus garantías (si las mismas existen). No existe diferencia entre acreedores anteriores y acreedores posteriores a la disolución: los liquidadores deberán satisfacer los créditos a medida que vengzan, con independencia del momento en el cual hubieran surgido, sin sujeción a orden ni prelación alguna, igual que se haría en el periodo de vida social anterior a la disolución. Efectivamente, frente a la liquidación concursal (cuya apertura produce el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados, art. 414 TRLC), la liquidación societaria no anticipa el vencimiento de las deudas sociales sometidas a plazo. También en contraste con la liquidación concursal (cuya apertura determina la automática conversión en dinero de los créditos concursales que consistan en otras prestaciones), la liquidación societaria no afecta al contenido de los derechos. La liquidación societaria tampoco influye sobre los derechos de los acreedores, quienes conservan, durante la misma, todas las facultades que el ordenamiento les otorga para la tutela de su derecho (incluida, claro está, la de instar el concurso de acreedores de la sociedad en liquidación si la misma resulta insolvente, art. 2.4 TRLC). Las anteriores diferencias entre la liquidación societaria y la concursal se deben a que, al contrario de cuanto sucede en la segunda, en la primera los acreedores no forman una masa sometida al principio de igualdad de trato y comunidad de pérdidas, con sustitución de las acciones aisladas o individuales por una acción colectiva que proteja el interés común (BELTRÁN, 2011, 2655).

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente (esto es, que la apertura de la liquidación societaria no implica el vencimiento anticipado de las deudas sociales; véase por todos RUBIO, 1974, 509), surge la duda de si la sociedad puede anticipar el pago de las deudas sometidas a plazo. La respuesta

dependerá de si el plazo ha sido establecido a favor del deudor, del acreedor o de ambas partes (BELTRÁN, 2011, 2655). En el primer caso (i.e., que el plazo se contemple exclusivamente en beneficio del deudor), la sociedad podrá anticipar el pago. En los demás supuestos (i.e., cuando el plazo se haya establecido en beneficio del acreedor o de ambas partes —existe una presunción a favor de esto último en el art. 1127 CC—), será necesario el consentimiento del acreedor para que la sociedad deudora pueda anticipar el pago. Sin embargo, la obligada perpetuación de la liquidación en tanto no venzan las deudas a plazo que la sociedad tenga contraídas puede conducir a una situación antieconómica que no beneficie a nadie y que, por añadidura, dilate innecesariamente la liquidación. Para evitarlo, tradicionalmente se ha considerado admisible el otorgamiento de la escritura pública de extinción a pesar de la existencia de créditos no vencidos, siempre que se garantizase de alguna manera el pago, bien mediante consignación, bien a través del aseguramiento del importe de los créditos no vencidos (art. 391.2 LSC; art. 247.2-3.º RRM; en este sentido, véase la RDGSJFP de 13 de abril de 2000; BELTRÁN, 2011, 2655; FERNÁNDEZ DE ALARCÓN, 1996, 473; véase, sin embargo, ARANGUREN, 1996, 924). Sin embargo, consideramos que, si bien el otorgamiento de la escritura pública de extinción no plantea problemas siempre que se proceda previamente al pago, a la consignación o a la extinción de estos créditos a través de cualquier subrogado del pago (compensación, confusión, etc.), por el contrario el *mero aseguramiento* de las deudas no vencidas no debe reputarse suficiente para el otorgamiento de la escritura de extinción, dado que, en buena lógica, no puede extinguirse la persona jurídica sin haber extinguido antes sus relaciones jurídicas.

Por otra parte, los liquidadores deberán abonar las deudas sociales con independencia de la identidad del acreedor. Si un liquidador fuese, por cualquier motivo, acreedor de la sociedad, tendrá derecho a pagarse a sí mismo (GAY, 1930, 310).

B) Los subrogados del pago

Aunque la Ley se refiera únicamente al pago de las deudas sociales, resulta evidentemente admisible el recurso a cualquiera de los subrogados del cumplimiento de la obligación (conforme a las normas generales civiles). Es posible, en primer lugar, que los liquidadores *consignen* el importe adeudado (arts. 391.2 LSC y 247.2-3.º RRM, RDGSJFP de 16 de julio de 1998). La consignación cabrá siempre que el acreedor no se presente a hacer efectivo su crédito o rehúse sin razón percibir su importe (art. 391.2 LSC). En la interpretación que aquí defendemos, también cabría la consignación de las deudas aplazadas respecto de las cuales el acreedor no acepte el pago

anticipado (véase *supra*), si bien, en ese caso, la consignación deberá realizarse en una entidad de crédito del término municipal en el cual radique el domicilio social dado que, tratándose del pago de un crédito aplazado, la negativa del acreedor a aceptar el pago no puede considerarse indebida, quedando así vetado el recurso a la consignación judicial.

En segundo lugar, resulta posible *compensar* la deuda cuando el acreedor sea, al mismo tiempo, deudor de la sociedad, y siempre que se cumplan los requisitos para la compensación (arts. 1196 y sigs. CC). Nos encontramos aquí con un frecuente problema relacionado con el elemento subjetivo de la compensación, a saber: qué ocurre cuando el deudor es a la vez socio. En efecto, no es infrecuente que la sociedad sea acreedora de sus propios socios, ya sea por un negocio jurídico extrasocietario (por ejemplo, un contrato de préstamo, de compraventa, de arrendamiento, etc.) o por créditos derivados de actos propiamente societarios (por ejemplo, la existencia de dividendos pasivos pendientes). La cuestión es si puede compensarse la deuda del socio frente a la sociedad con la cuota de liquidación a la cual tenga derecho el socio. Las soluciones, en este sentido, son básicamente dos: (i) puede, en primer lugar, atribuirse al liquidador la plena libertad para compensar los créditos de la sociedad sin reparar en la identidad del deudor, de forma que, con independencia de que este sea o no socio de la sociedad en liquidación, resulte aplicable el instituto de la compensación (aunque con reservas, PAÑEDA, 2018, 408); (ii) en segundo lugar, puede rechazarse la admisibilidad de la compensación de créditos sociales con deudas de quienes también sean socios, al menos en tanto se compruebe y confirme la existencia de remanente suficiente. Nos decantamos por la segunda postura, en el bien entendido de que, de lo contrario, podría contravenirse el derecho de los acreedores a cobrar sus créditos con preferencia sobre los socios. En cualquier caso, incluso si se admitiera la compensación debido a la existencia de bienes suficientes tanto para pagar a los acreedores sociales como al resto de los socios lo que les corresponda como cuota de liquidación, deberían adoptarse cautelas, en el sentido de que ese pago subrogado a favor del socio (que habría cobrado su crédito por medio de la compensación) debería constar en la escritura pública de extinción en concepto de cuota recibida por el socio y responsable, por lo tanto, frente a posibles acreedores sobrevenidos.

En tercer lugar, también será posible la *asunción* de las deudas sociales por un tercero o por uno o más socios (STS 268/1981, de 10 de noviembre). Finalmente, también tendrían cabida la *dación en pago y para pago* (GAY, 1930, 310). Si la dación se refiere a inmuebles o derechos reales sobre los mismos, se está ante uno de los títulos traslativos cuya inscripción resulta amparada por la normativa hipotecaria (siendo entonces necesario acreditar el origen de la deuda y los medios de pago empleados, véase la RDGSJFP de 12 de abril de 2018).

C) *La incapacidad de la sociedad en liquidación para hacer frente a las deudas sociales*

Una sociedad en liquidación mantiene, como es sabido, su personalidad jurídica. Cumple, por lo tanto, el presupuesto subjetivo para ser declarada en concurso de acreedores (art. 1 TRLC). En consecuencia, si la sociedad también cumple el presupuesto objetivo (art. 2 TRLC), entonces podrá ser declarada en concurso de acreedores. Se ha señalado aisladamente (BELTRÁN, 2011, 2657) que la declaración de concurso únicamente procedería en caso de insuficiencia patrimonial de la sociedad, ya que, si el activo real de la sociedad en liquidación es suficiente para hacer frente a su pasivo *exigible*, entonces la sociedad podrá, en rigor, pagar sus obligaciones exigibles de forma regular (art. 2.3 TRLC), en el bien entendido que el pago realizado a través de la liquidación de bienes es, ahora, un pago regular. Consideramos, no obstante, que no debe vetarse el acceso al concurso de acreedores a cualesquiera sociedades en liquidación que tengan un problema de liquidez (con independencia de que, además, se encuentren en una situación de desbalance patrimonial). Los motivos son, fundamentalmente, los siguientes: por un lado, el adverbio «regularmente» no se refiere únicamente a la forma en la cual se realiza el pago, sino también a la puntualidad del mismo. Por otro lado, la declaración de concurso proporciona ciertas garantías (tales como la supervisión por parte de los órganos del concurso, la posibilidad de ejercitar acciones rescisorias, la apertura —si procede— de la sección de calificación, etc.) que no existen en el seno de la liquidación societaria. Además, es posible que la liquidación societaria se demore durante años y que, a resultas de esta demora, los activos se devalúen y desaparezca la inicial situación de superávit patrimonial. Por otra parte, la Ley Concursal no condiciona en modo alguno la procedencia de la declaración de concurso a la existencia o no de superávit patrimonial (es más: ni siquiera contempla el superávit como causa de conclusión del concurso, art. 465 TRLC). Tal circunstancia resultará, por añadidura, desconocida para los acreedores (los cuales, recuérdese, ostentan legitimación para solicitar la declaración de concurso necesario del deudor si concurre alguno de los hechos externos reveladores del estado de insolvencia, art. 2.4 TRLC). En definitiva, la concursabilidad o no de una sociedad en liquidación que disponga de bienes suficientes para hacer frente a sus deudas dependerá de si está o no en una situación de «incapacidad para el pago de las obligaciones exigibles». Así, si dispone de bienes suficientes, pero carece de liquidez para atender puntualmente las obligaciones exigibles, será insolvente y deberá ser declarada en concurso.

Una cuestión más delicada y problemática (si bien de improbable ocurrencia en la práctica) consiste en determinar si una sociedad en liquidación

puede celebrar, en tanto que deudora, un acuerdo de refinanciación o extrajudicial de pagos con sus acreedores. En este sentido, si bien no existe, *prima facie*, impedimento formal alguno al respecto, no podemos ignorar que los institutos preconcursales casan mal con la situación de liquidación societaria. La principal razón consiste, fundamentalmente, en que los mecanismos preconcursales pretenden asegurar la supervivencia del deudor (de ahí que se exija un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional y empresarial del deudor a corto y medio plazo, véanse los arts. 598.1-1.º, 604.1-1.º, 606.1-1.º TRLC). Ahora bien, estimamos que no debe negarse con carácter general y en términos absolutos el acceso de las sociedades en liquidación a los institutos preconcursales. El motivo, a nuestro juicio, es que, si bien la liquidación societaria está llamada a culminar con la extinción de la sociedad (i.e., de la persona jurídica deudora), no implica, necesariamente, la extinción de la empresa (y de la consiguiente actividad económica) de la cual aquella sea titular. Por lo tanto, siempre y cuando el recurso a un acuerdo de refinanciación tenga como objetivo asegurar la pervivencia de la empresa de la cual sea titular la sociedad en liquidación, y siempre que pueda acompañarse el preceptivo plan de viabilidad correspondiente que asegure la continuación de la actividad en el corto y el medio plazo, consideramos que no debería vetarse dicho acceso a la sociedad en liquidación (por mucho que, a resultados del proceso de liquidación societaria, la persona jurídica deje de existir más adelante). En cualquier caso, la interpretación —ciertamente flexible— que aquí defendemos se vería insalvablemente obstaculizada en el caso de considerarse que los acuerdos de refinanciación no solo exigen la supervivencia de la empresa, sino también de la sociedad deudora titular de la misma.

2. EL COBRO A LOS DEUDORES

Los liquidadores tienen encomendada también la tarea de cobrar los créditos de la sociedad, pues carece de sentido pensar que los créditos puedan ser repartidos entre los socios y que estos reclamen después a los deudores sociales su parte del crédito. Bajo el concepto de créditos se incluyen no solo los resultantes de operaciones financieras o comerciales realizadas con terceros (clientes, entre los cuales pueden encontrarse socios), sino también los créditos laborales, los de Derecho público (por ejemplo, devoluciones a las cuales se tenga derecho y que todavía no se hayan hecho efectivas), y también las pretensiones de resarcimiento de daños en favor de la sociedad a consecuencia de actos ilícitos de terceros, incluidos los contrarios a la competencia en sentido amplio o a los derechos de propiedad industrial de los cuales la sociedad fuera titular (DE EIZAGUIRRE, 1993, 183).

Para el cobro de los créditos, los liquidadores pueden utilizar todos los medios que ofrece el ordenamiento jurídico (incluida, claro está, la solicitud de declaración de concurso del deudor, si se dan los requisitos para ello, art. 2.4 TRLC). Presentarán al pago efectos mercantiles (letras, cheques, pagarés), levantarán protestos, realizarán descuentos y endosos, ejecutarán hipotecas y seguirán las acciones judiciales o extrajudiciales que sean pertinentes para compeler al pago a los deudores morosos (BELTRÁN, 2011, 2658).

La liquidación societaria no produce la pérdida del beneficio del plazo para el deudor de la sociedad. Por lo tanto, los liquidadores deben respetar el plazo de pago establecido, sin que sea admisible la pretensión de un cobro anticipado por el mero hecho de que la sociedad acreedora esté en liquidación (salvo en la hipótesis —ciertamente extraña— de que el plazo se hubiera establecido en beneficio exclusivo de la sociedad, o de que el deudor se avenga a ello). En cualquier caso, los liquidadores pueden convertir en dinero los créditos no vencidos a través, por ejemplo, de una operación de *factoring*. En efecto, mediante las cesiones onerosas de crédito, la sociedad en liquidación obtendrá liquidez inmediata sobre créditos no vencidos todavía. Si, además, el *factoring* se pacta sin recurso, la sociedad en liquidación obtendrá el importe del crédito evitando el riesgo de impago (extensamente sobre el particular, PAÑEDA, 2018, 403 a 406).

Una primera cuestión que debe dilucidarse es si los liquidadores pueden admitir cualquier medio de pago. La respuesta es, en principio, afirmativa, con la advertencia de que, si el medio de pago aceptado perjudica de alguna manera a la sociedad, podrían llegar a responder los liquidadores por los daños causados con su actuación. En segundo lugar, surge la duda de si los liquidadores pueden condonar deudas. Si bien existen autorizadas voces en contra (BELTRÁN, 2011, 2658), estimamos que no debe descartarse *a priori* ningún medio de extinción de los créditos que la sociedad ostente frente a terceros. Ello es así porque las circunstancias concurrentes pueden ser variopintas. En consecuencia, es posible que la condonación de una deuda, si bien considerada aisladamente pueda ser vista como perjudicial para la sociedad, en términos globales coadyuve a una liquidación más rápida y eficiente (piénsese, por ejemplo, en una deuda de importe insignificante cuyo cobro pueda demorarse años; en el mismo sentido, PAÑEDA, 2018, 409). Evidentemente, en el caso de que la condonación resulte claramente contraria a los intereses de la sociedad en liquidación, podría exigirse responsabilidad a los liquidadores. Corolario de lo anterior es que los liquidadores, a nuestro juicio, también estarían capacitados para renegociar la deuda y pactar quitas, esperas o ambas, tanto en caso de concurso de su deudor como en sede de celebración de acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pagos.

3. LA EXACCIÓN DE LOS DIVIDENDOS PASIVOS PENDIENTES

La exacción de los desembolsos pendientes no es sino un supuesto especial de cobro de créditos de los cuales la sociedad es acreedora. Lo distintivo de estos créditos es que los deudores son socios y el contenido de la deuda son aportaciones al capital social. El artículo 385 de la Ley de Sociedades de Capital se refiere exclusivamente a las sociedades anónimas y a las comanditarias por acciones, en el bien entendido de que solo en esos dos tipos societarios es posible diferir en el tiempo el desembolso de las aportaciones (con el límite mínimo del 25%, véase el art. 79 LSC).

La norma distingue dos situaciones. En primer lugar, se refiere a la exigencia de los desembolsos ya acordados al tiempo de iniciarse la liquidación (esto es, desembolsos que ya resultaban exigibles en el momento de la disolución). En segundo lugar, contempla la exigencia de aquellos otros desembolsos que no se hubieran acordado (y, por lo tanto, no resultaban exigibles) en el momento de la disolución, pero que sean necesarios para satisfacción de los acreedores. El régimen jurídico varía, como inmediatamente veremos, en uno y otro caso. Así, los primeros son exigibles como cualquier otro crédito de la sociedad (STS 8339/2004, de 21 de diciembre), mientras que los segundos se someten a un régimen especial de exigibilidad que trata de conciliar las exigencias de la liquidación con el interés de los socios a no realizar desembolsos que puedan resultar innecesarios para pagar a los acreedores (STS 8339/2004, de 21 de diciembre; RDGSJFP de 11 de marzo de 2000). Ese régimen especial está compuesto por dos elementos de signo distinto, en la medida en que uno de ellos vela por los intereses de los acreedores y el otro vela por los intereses de los accionistas. En efecto, por un lado, la Ley atribuye a los liquidadores la facultad para acordar el pago de los desembolsos pendientes y exigirlo de modo inmediato, aun cuando los estatutos los hubieren diferido ampliamente. De ahí que la norma afirme, contundentemente, que los liquidadores «podrán exigir otros desembolsos pendientes», sin realizar distinción alguna en relación con el régimen que estatutariamente se hubiera previsto para los mismos. Debe considerarse que esta norma, de carácter imperativo, constituye una excepción al régimen general (legal o estatutario) en materia de exacción de dividendos pasivos pendientes. En puridad, se produce una suerte de «vencimiento anticipado» de la obligación de los socios (BELTRÁN, 2011, 2658). En lo demás, rige el régimen general para la exacción de dividendos pasivos pendientes (arts. 81 a 85 LSC). Por otro lado, en clara tutela de los intereses de los socios, la Ley únicamente permite a los liquidadores exigir desembolsos pendientes cuando ello sea necesario para satisfacer a los acreedores. Por lo tanto, si en la sociedad existe patrimonio (dinerario o no) suficiente para pagar las deudas sociales, los liquidadores no podrán exigir a los accionistas desem-

bolsos pendientes superfluos. Surge la duda de si la regla anterior podría excepcionarse cuando la sociedad vaya a verse obligada a vender, de forma precipitada y antieconómica, los activos no dinerarios para hacer frente a una deuda de inminente vencimiento. A nuestro juicio —y no sin reconocer que se trata de una cuestión debatible—, en unas circunstancias semejantes sí debería permitirse la exacción de los desembolsos pendientes, ya que la regla general, tuitiva de los socios, debería decaer en aras de una mayor tutela a los acreedores. La alternativa (esto es, negar la posibilidad de exigir desembolsos pendientes incluso cuando ello imposibilite el hacer frente a las obligaciones exigibles) determinaría la activación del deber de solicitar la declaración de concurso (art. 5 TRLC).

Al igual que los liquidadores pueden incurrir en responsabilidad si contravienen la limitación anterior y exigen dividendos pasivos innecesarios para satisfacer las deudas de la sociedad, también pueden incurrir en responsabilidad por no haber reclamado dichos dividendos pasivos debiendo hacerlo (PAÑEDA, 2018, 410).

Surge la duda de si el límite cuantitativo contemplado en el inciso final del precepto resulta aplicable también a los dividendos pasivos ya acordados en el momento de la disolución. En principio, una interpretación literal de la norma excluye categóricamente cualquier tipo de limitación en el desembolso de estos dividendos pasivos ya exigibles. Sin embargo, una interpretación teleológica del precepto en cuestión obliga a plantearse la finalidad que puede perseguir la reclamación de tales dividendos cuando la sociedad no los necesite para pagar los créditos a los acreedores sociales. En este sentido, resulta antieconómico e ilógico exigir dividendos pasivos a los socios que, finalmente, se destinarán al reparto del haber social entre los propios socios, por resultar innecesarios para la satisfacción de los acreedores sociales (PAÑEDA, 2018, 410).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la solicitud de desembolsos pendientes puede venir impuesta no solo por la necesidad de satisfacer a los acreedores, sino también por exigirle el principio de paridad de trato de los accionistas (art. 97 LSC). En efecto, si las acciones no están liberadas en la misma cuantía y existen pérdidas, los accionistas que hubiesen aportado menos deberán desembolsar sus acciones en la cuantía necesaria para que todos los socios sufran las pérdidas en la misma proporción (en consonancia con lo previsto en el art. 392.2 LSC; véase BELTRÁN, 2011, 2659).

Por último, no parece aplicable el régimen anteriormente expuesto a otros derechos de crédito que la sociedad pueda tener frente a los socios, como, por ejemplo, las prestaciones accesorias, las primas de emisión o las aportaciones a fondo perdido; supuestos todos ellos para los cuales el legislador no ha previsto un régimen especial y respecto de los cuales no se aprecia identidad de razón con el supuesto contemplado, pues el régimen

que ahora se analiza se refiere al capital social y a su integración (lo cual no ocurre en los casos planteados, por mucho que compartan la circunstancia de tratarse de créditos de la sociedad frente a los accionistas).

IV. LOS DEBERES DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD Y DE CONSERVACIÓN

El artículo 386 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los liquidadores dos deberes distintos, pero íntimamente relacionados: por un lado, el deber de llevanza de la contabilidad. Por otro, el deber de llevanza y custodia de los libros, la documentación y la correspondencia de la sociedad. En última instancia, la razón de ser de ambos deberes radica en que los liquidadores tienen encomendada (al igual que los administradores durante el periodo ordinario de explotación del objeto social), además de su representación, la gestión de la sociedad en liquidación (en el mismo sentido, URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 187).

1. EL DEBER DE LLEVANZA DE LA CONTABILIDAD

El deber de llevanza de contabilidad se mantiene inalterado durante toda la fase de liquidación de la sociedad (en el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, 2016, 252; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1116; véase, no obstante, FERNÁNDEZ TORRES, 2004, 9-10; MUÑOZ PÉREZ, 2002, 85; VALPUESTA, 2018, 989), de forma que la misma sigue obligada a llevar una contabilidad ordenada, adecuada a su actividad y que permita el seguimiento cronológico de las operaciones (art. 25.1 CCom). Los motivos son, fundamentalmente, los siguientes: en primer lugar, la personalidad jurídica de la sociedad no se ve afectada por su disolución y, por lo tanto, el empresario social sigue existiendo durante la liquidación. En segundo lugar, la actividad social tampoco cesa de forma automática con la disolución (por mucho que la misma pueda ir decreciendo a medida que avancen las operaciones de liquidación, si bien, en algunos casos —como los de enajenación global de la empresa— la actividad no tiene por qué disminuir y podría, incluso, incrementarse). En tercer lugar, la propia liquidación exige que las operaciones de realización del activo y del pasivo queden adecuadamente reflejadas (muestra de ello es la necesidad de confeccionar y someter a la aprobación de la junta un informe completo sobre las operaciones de liquidación, art. 390.1 LSC). Ciertamente, la contabilidad resulta imprescindible para que los liquidadores (i) puedan hacer llegar periódicamente al conocimiento de socios y acreedores el estado de la liquidación (art. 388.1

LSC); (ii) puedan formular, someter a la junta, depositar en el Registro Mercantil y publicar en BORME las cuentas anuales (art. 388.2 LSC) y (iii) puedan confeccionar el balance final de liquidación (art. 390.1 LSC). Finalmente, si la sociedad en liquidación es declarada en concurso, la correcta llevanza de contabilidad resultará esencial tanto de cara a la solicitud (art. 8 TRLC) como de cara a la eventual calificación del concurso como culpable (arts. 443.5.º y 444.3.º TRLC).

Naturalmente, a los liquidadores les corresponde formular las cuentas anuales (véase, en este sentido, el art. 253 LSC), pero quien las aprueba es —al igual que durante el periodo ordinario de las actividades societarias— la junta general (art. 272 LSC).

Obsérvese, en cualquier caso, que junto al deber general de llevanza de la contabilidad que incumbe a los liquidadores (y que no difiere, en esencia, del que atañe a los administradores en las sociedades en funcionamiento ordinario) coexisten deberes contables específicos de la liquidación, entre los cuales destaca la formación del balance final (art. 390.1 LSC) y la del inventario y el balance inicial (art. 383). Sin embargo, dicho balance final no es el resultado del cierre definitivo de la contabilidad (art. 30 CCom), ya que el último asiento debe reflejar la distribución del haber social entre los socios y es, por lógica, posterior al balance final de liquidación (DE EIZAGUIRRE, 1993, 195).

2. EL DEBER DE LLEVANZA Y CUSTODIA DE LA DOCUMENTACIÓN CONTABLE

A las sociedades en liquidación les son aplicables los deberes de llevanza y custodia de los libros, la documentación y la correspondencia de la sociedad que la Ley impone a los empresarios (arts. 25 y sigs. CCom). En este sentido, corresponde a los liquidadores llevar, entre otros, el libro diario, los libros de actas (art. 26.1 CCom), así como conservar estos libros, la correspondencia y demás documentación relevante durante seis años (art. 30.1 CCom). Téngase en cuenta, no obstante, que, con la cancelación registral de la sociedad, el deber de conservación puede ser asumido por el Registro Mercantil.

V. LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 387 de la Ley de Sociedades de Capital atribuye a los liquidadores el deber de enajenar los bienes sociales. La literalidad del precepto podría inducir a pensar que se trata de un deber inexcusable, esto es, que en todo caso

la liquidación de una sociedad pasa por la enajenación de la totalidad de sus bienes. Sin embargo, no es así (Véase RUBIO, 1974, 508; URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 193; BELTRÁN, 2011, 2662; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1263; PAÑEDA, 2018, 415; RRDRGN de 13 de febrero de 1986 y 26 de enero de 1994. En contra de esta interpretación, sin embargo, véase la STS 1592/1983, de 1 de marzo y, de forma más ponderada, STS 6940/2007, de 30 de octubre). En efecto, la Ley meramente atribuye a los liquidadores la facultad de enajenar los bienes sociales, aunque tal enajenación únicamente resultará imperativa en la medida en que ello resulte necesario para la liquidación misma, lo cual ocurrirá en dos circunstancias diferentes: por un lado, cuando la sociedad carezca de liquidez suficiente para satisfacer a todos sus acreedores; por otro, cuando el reparto entre los socios del patrimonio resultante de la liquidación pueda o deba hacerse en metálico (art. 393.2 LSC).

Una cuestión preliminar que debe dilucidarse es el ámbito de aplicación de la norma en cuestión, que únicamente hace referencia a los «bienes» de la sociedad, sin mayores especificaciones. Surge así la duda de si, bajo este concepto, deben entenderse subsumidos cualesquiera tipos de bienes (entendidos estos como «activos»), tanto tangibles como intangibles. Al respecto, caben dos interpretaciones. Una primera interpretación (*tesis estricta*) consistiría en entender que la referencia a los «bienes» únicamente se aplica a aquellos que sean tangibles (inmuebles, maquinaria, materias primas, existencias, etc.; véase FERNÁNDEZ DE ALARCÓN, 1996, 473). Esta interpretación debe descartarse, pues entonces se llegaría al sinsentido de que la conversión en dinero de ciertos activos intangibles (v.gr. derechos de propiedad industrial) quedarían fuera de la competencia de los liquidadores (al no tener cabida en el art. 385.1 LSC —por no ser derechos de crédito— y tampoco en el art. 387 LSC —por no ser bienes tangibles). Una segunda interpretación (*tesis amplia*, defendida también por URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 194; GAY, 1930, 296) consiste en entender que el artículo 387 de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia no solo a los bienes tangibles, sino también a los intangibles. La dificultad radica en que la conversión en liquidez de ciertos bienes intangibles parece estar regulada allende: es el caso, en efecto, del cobro de los derechos de crédito (art. 385.1 LSC). Este obstáculo puede salvarse fácilmente, en la medida en que los derechos de crédito pueden transformarse en dinero no solo mediante su *cobro* (al amparo del art. 385 LSC), sino también mediante su *enajenación* o cesión (conforme al art. 387 LSC).

2. MODALIDADES DE ENAJENACIÓN

La Ley guarda absoluto silencio en cuanto a la forma en la que ha de realizarse la enajenación. Entendemos, por lo tanto, que la flexibilidad es

absoluta y que los liquidadores cuentan con la máxima libertad para optar por la modalidad de enajenación que estimen conveniente, con independencia del tipo de bienes a los cuales se refiera (a diferencia de la redacción anterior a la Ley 25/2011, que contenía una norma especial para la venta de bienes inmuebles en las sociedades anónimas). El concepto de enajenación que maneja la norma debe entenderse como cualquier transmisión del dominio sobre los activos sociales, de forma que entrarían dentro de esta categoría no solo la compraventa, sino también la cesión en pago o para pago, etc. La naturaleza jurídica del negocio concreto resulta, a estos efectos, indiferente (URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 195).

El único límite sería, a nuestro juicio, que la enajenación necesariamente tendrá que ser *onerosa*. No parecen tener cabida las enajenaciones a título gratuito (donaciones), so pena de que los liquidadores incurran en responsabilidad frente a la sociedad, a los socios o frente a los acreedores. El único supuesto en el cual podría tener sentido una enajenación a título gratuito sería en relación con bienes con valor negativo o cuya enajenación onerosa resulte desproporcionadamente costosa (ya sea en términos de tiempo o de dinero) en comparación con su valor venal.

Será perfectamente posible tanto la enajenación fragmentada de bienes (a través de operaciones individualizadas sobre activos concretos) como la enajenación de unidades productivas. Téngase en cuenta, en todo caso, que la única enajenación en bloque que pueden realizar los liquidadores es la correspondiente a los elementos activos del patrimonio social, ya que las operaciones que engloban a todo el patrimonio (v.gr. fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo) son, como cualquier otra modificación estructural, competencia de la junta (art. 160.g LSC). Y recuérdese igualmente que, si la transmisión de la empresa no se produce a título de sucesión universal (i.e., por la vía de una modificación estructural), será necesario el consentimiento individualizado de cada contraparte contractual para que se produzca la correspondiente subrogación del comprador.

Por otra parte, la Ley de Sociedades de Capital no muestra ninguna preferencia entre estas formas de enajenación (unitaria o fragmentada), a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la regulación de la liquidación concursal (que declara abiertamente su predilección por la enajenación unitaria de los establecimientos, explotaciones y unidades productivas, art. 417.2 TRLC).

Los liquidadores cuentan con un amplio margen de libertad para decidir si la operación se realizará al contado o a plazo. En efecto, que la enajenación de un activo social se produzca en el seno de la liquidación societaria no es óbice para que la venta se realice a crédito. Sin embargo, queda a la discreción de los liquidadores (y bajo su responsabilidad), no conceder en las ventas plazos tan amplios que puedan prolongar excesiva e innecesaria-

mente el periodo de liquidación (URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2002, 195; BELTRÁN, 2011, 2663; GARCÍA-CRUCES, 2009, 1262). También será posible que la enajenación se sujete a condición (RDGSJFP de 3 de marzo de 2016).

Por último, surge la duda en torno a la *posibilidad de configuración estatutaria* de la modalidad concreta de enajenación. En efecto, habida cuenta de que la Ley no contempla una forma concreta en la cual deban enajenarse los activos (venta directa, subasta pública, etc.), se plantea la posibilidad de que lo hagan los estatutos. A nuestro juicio, no debe descartarse tal posibilidad. De la misma manera, si los estatutos guardan silencio, la junta podría, haciendo uso de su facultad de impartición de instrucciones (art. 161 LSC), establecer modalidades concretas de enajenación.

3. POSIBLES ADQUIRENTES

En relación con los potenciales adquirentes de los bienes sociales, resulta problemático determinar si estos pueden ser los socios o, incluso, los propios liquidadores. En general, existe consenso en torno a que la respuesta a la primera cuestión es afirmativa: nada impide que la enajenación se haga a uno de los socios. Ahora bien, la venta al socio mayoritario puede entrañar el riesgo de que se desvíen bienes de la sociedad a su favor y en perjuicio de los demás socios, infringiéndose con ello el principio de igualdad de trato (en relación con la posibilidad de adjudicar la empresa social al mayoritario en sede de liquidación para deshacerse de los socios minoritarios, véase ALFARO, 1998, 1086 y sigs.). Aquí, a falta de normas que sometan a control las operaciones de la sociedad con el socio mayoritario en las sociedades no cotizadas, consideramos que el control de las condiciones bajo las cuales se ha producido la venta al socio (en especial, el control del precio pagado) sería *a posteriori*, si bien el cauce concreto puede variar en función de las circunstancias concurrentes.

Así, cuando la venta del bien al socio mayoritario haya sido acordada por la junta, la tutela deberá buscarse mediante la impugnación del acuerdo correspondiente por vulneración del interés social, siempre y cuando el acuerdo se haya impuesto de forma abusiva (al no responder a una necesidad razonable de la sociedad y haberse adoptado por la mayoría en interés propio y en detrimento injustificado de los demás socios, art. 204.1, segundo inciso, *in fine*, LSC). El motivo es que la valoración de dicho bien pueda afectar a la cuota de liquidación del resto de los socios, pues el socio mayoritario que apruebe esos documentos estaría en una situación de conflicto de interés. En tal caso, corresponderá a la sociedad y al socio mayoritario demostrar que la venta fue conforme con el interés social (art. 190.3 LSC).

Cuando el acuerdo de venta haya sido adoptado por el órgano colegiado de liquidación podría impugnarse igualmente dicho acuerdo por los mismos motivos (art. 251 LSC, que se remite a su vez al art. 204 LSC). Otra opción consistiría en atacar directamente la concreta operación de venta (por ejemplo, por la vía del fraude de ley o por considerar ilícita su causa). Al margen de lo anterior, sería posible el ejercicio contra los liquidadores de una acción de responsabilidad por los daños ocasionados a los demás socios si actuaron con culpa o dolo (art. 375.2 en relación con los arts. 236 y 241 LSC; véase la RDGSJFP de 3 de marzo de 2016; BELTRÁN, 2011, 2663). Cabría plantearse, en fin, la posibilidad de impugnar el acuerdo de la junta de aprobación del proyecto de división entre los socios, sobre la base de que la venta del bien al socio mayoritario por debajo del valor real habría supuesto una reducción del patrimonio repartible entre los socios y, por lo tanto, podría afectar a la cuota de liquidación del resto de los socios. Los socios minoritarios disidentes estarían legitimados para impugnar la cuota atribuida al socio mayoritario, al haber recibido este último, con anterioridad, parte de su cuota indirectamente (a través de la operación de compra a un precio inferior al de mercado). En tal caso, la cuota asignada al mayoritario en el proyecto de división sería superior a la que le correspondería. Por esta vía, el socio impugnante podría obtener la cuota que le corresponde y que había quedado mermada a consecuencia de la venta realizada al socio mayoritario. Entrarían en aplicación en este caso las reglas anteriores, pues correspondería a la sociedad y al socio mayoritario demostrar que la venta fue conforme con el interés social (art. 190 LSC en relación con el art. 204 LSC).

Más difícil resulta dilucidar si los propios liquidadores pueden ser adquirentes de los bienes sociales (en sentido afirmativo se pronuncia BELTRÁN, 2011, 2663). A favor puede argumentarse que la Ley no prohíbe la autocontratación en sede de liquidación societaria (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con los administradores concursales, que tienen vetada la adquisición de elementos de la masa activa, tanto de forma directa como indirecta, art. 208 TRLC). Estimamos, sin embargo, que la adquisición de bienes sociales por parte de los liquidadores (o de una persona a ellos vinculada, en los términos del art. 231 LSC) no puede ser libre, sino que debe someterse al *régimen de dispensa* que la Ley contempla para actuaciones en conflicto de interés (art. 230 LSC). Por lo tanto, si el valor de la transacción supera el diez por ciento de los activos sociales, la autorización deberá necesariamente ser acordada por la junta (en el mismo sentido, VALPUESTA, 2018, 997). En caso contrario, la autorización podrá ser otorgada por el resto del órgano de liquidación, siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del liquidador dispensado. Además, será necesario asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

4. LA ENAJENACIÓN DE ACTIVOS ESENCIALES

Como es sabido, la enajenación de activos esenciales es competencia de la junta [art. 160.f) LSC]. La duda es si las enajenaciones de tales activos, cuando se realizan durante la fase de liquidación societaria, también quedan sometidas a la decisión de la junta o si, por el contrario, corresponden de forma exclusiva a los liquidadores. Pues bien, asumiendo que la inclusión de la enajenación o adquisición de activos esenciales entre las competencias de la junta se basa en su carácter de actos que *modifican el objeto social* o suponen, en los casos más extremos, la sustitución del objeto social (se «liquida» la sociedad al venderse el activo que resulta esencial para que la sociedad desarrolle el objeto social, ALFARO, 2015), entendemos que, en sede de liquidación societaria, no tendrá sentido que la junta decida sobre las enajenaciones de activos esenciales, puesto que la sociedad habrá modificado su fin y, por lo tanto, la liquidación de su patrimonio no puede, en modo alguno, constituir una extralimitación en las funciones de los liquidadores (en apoyo de esta interpretación, véase también el art. 511 bis.1.b) LSC que atribuye, en las sociedades cotizadas, competencia exclusiva a la junta en relación con operaciones «cuyo efecto sea equivalente al de la liquidación de la sociedad»). En definitiva, el acuerdo de la junta no será necesario respecto de enajenaciones de activos esenciales que se realicen una vez iniciada la liquidación, ya que los actos de disposición son entonces imprescindibles para pagar a los acreedores, liquidar el patrimonio social y repartir la cantidad resultante entre los socios. Entran, por lo tanto, en el ámbito de las funciones y actividades típicas que están obligados a realizar los liquidadores, sin que pueda reclamarse el pronunciamiento de la junta (en este sentido, RECALDE, 2016, 111; PAÑEDA, 2018, 416; véase también la RDGSJFP de 29 de noviembre de 2017). La anterior conclusión es coherente con lo defendido para la liquidación concursal (véase ARIAS VARONA, 2020, 150 y sigs.).

5. EXCEPCIONES AL DEBER DE ENAJENAR

La enajenación de los bienes sociales es necesaria porque, por un lado, puede ser necesaria para pagar a los acreedores sociales y, por otro lado, la cuota de liquidación debe generalmente satisfacerse a los socios en metálico (art. 393.1 LSC). Esa es la única razón de ser del deber en cuestión. En consecuencia, en aquellos casos en los cuales los socios vayan a percibir en especie la cuota de liquidación, no será necesaria la enajenación de los bienes sociales. Así ocurrirá: (i) cuando así lo acuerden los socios (art. 393.1 LSC) y (ii) cuando los estatutos hayan previsto, en favor de alguno o varios socios,

que la cuota de liquidación pueda ser satisfecha mediante la restitución de las aportaciones no dinerarias realizadas o mediante la entrega de otros bienes sociales, siempre y cuando concurran una serie de requisitos (art. 393.2 LSC). En definitiva, en los dos casos anteriores, será posible atribuir a los socios el patrimonio no dinerario (véase la RDGSJFP de 29 de febrero de 2016) y, en consecuencia, la enajenación de los bienes (entendida como su conversión en dinero) no sería imprescindible. Recuérdese, finalmente, que la adjudicación de bienes a los socios será inscribible en el Registro si se trata de bienes inmuebles o muebles registrables.

VI. EL DEBER DE INFORMACIÓN A LOS SOCIOS

El artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital contiene un doble deber para los liquidadores: en primer lugar, se les impone la obligación de suministrar a socios y acreedores de forma periódica información relativa al estado de la liquidación (art. 388.1 LSC). En segundo lugar, si la liquidación se prolonga más allá del plazo previsto para la aprobación de las cuentas anuales, se les impone el deber de presentar a la junta las cuentas anuales y un informe pormenorizado que permita apreciar con exactitud el estado de la liquidación (art. 388.2 LSC). Se trata, como se ha señalado (BELTRÁN, 2011, 2667) de dos mandatos complementarios: el primero consagra un deber de carácter genérico, consistente en la comunicación a socios y acreedores del estado de la liquidación. Por el contrario, el segundo establece un deber concreto o específico para el supuesto de que la liquidación se prolongue por un plazo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales. Como más adelante veremos, a nuestro juicio este segundo deber no es sino la traslación del deber de los administradores de formular las cuentas anuales (art. 253 LSC), en el bien entendido de que la obligación de formulación, aprobación y depósito de las mismas no se interrumpe con la apertura de la liquidación (contra, BELTRÁN, 2011, 2666, si bien en relación con la redacción anterior a 2015, que hacía referencia a un «estado anual de cuentas» y no, como actualmente, a las cuentas anuales).

1. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS LIQUIDADORES

A) *Destinatarios*

A pesar de la rúbrica del precepto (que se refiere exclusivamente a la información a los socios), los destinatarios del deber de información son tanto los *socios* como los *acreedores* (art. 388.1 LSC). Dos factores invitan

a realizar una interpretación amplia de los destinatarios de la información sobre el estado de la liquidación: por un lado, el tenor literal de la norma (que no concreta ni impone requisitos a los socios ni a los acreedores); por otro lado, su finalidad tuitiva.

Por lo que respecta a los socios, la falta de concreción de la norma permite concluir que todos ellos serán destinatarios de la información relativa a la liquidación, con independencia de su participación en el capital social o de otras circunstancias que puedan concurrir (v.gr. que sean a la vez socios y administradores, que tengan dividendos pasivos pendientes de desembolso, etc.).

En cuanto a los acreedores, también debido a la falta de concreción normativa, tendrán derecho a recibir información periódica sobre el estado de la liquidación con independencia de si su crédito ha llegado o no a vencimiento, del contenido de la prestación, del origen del crédito, etc. En consecuencia, entrarían aquí tanto los acreedores comerciales como los financieros, los laborales y los de créditos públicos (entre otros, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria).

Si se tratara de una sociedad que hubiera emitido obligaciones, surge la duda de si será necesario que los liquidadores realicen la comunicación a todos y cada uno de los obligacionistas. Sobre esta cuestión, consideramos que, en aquellos casos en los que, por imperativo de la legislación especial aplicable a las emisiones de obligaciones, se haya constituido un sindicato de obligacionistas y designado a un comisario, bastará con que la comunicación se realice a este último, en su condición de representante legal del mismo y en tanto que órgano de relación entre la sociedad y los obligacionistas (art. 421.4 LSC). De lo contrario, sí que debería realizarse una comunicación individualizada (en sentido negativo se manifiesta BELTRÁN, 2011, 2668).

B) Contenido del deber

El deber consiste en hacer llegar a los socios y los acreedores «el estado de la liquidación», debiendo entenderse incluido en el mismo tanto las operaciones ya realizadas como las pendientes de realización. Entendemos que la información no deberá ser extensa ni pormenorizada (esto es, no deberá detallarse cada una de las operaciones realizadas con independencia de su importe), pues, cuando la Ley desea que la información sea pormenorizada (v.gr. art. 388.2 LSC) así lo hace constar de forma expresa.

Por lo tanto, bastará con transmitir a los destinatarios de la información la marcha de las operaciones de liquidación, sin que sea necesario proporcionar datos relativos a los bienes concretos que hayan sido ya objeto de

enajenación, el precio obtenido, los adquirentes, etc. Bastará con suministrar información de cobros y pagos de forma global, así como la situación en la cual se encuentren las más importantes cuestiones que hayan de resolverse en el periodo liquidatorio (pleitos pendientes, insolvencia de algún deudor importante, etc.). Obsérvese, en todo caso, que los términos en los cuales está configurado el deber de información permiten concluir que también serían subsumibles dentro del mismo las negociaciones que hayan podido iniciarse (por ejemplo, a efectos de una transmisión unitaria de la empresa), así como su estancamiento o frustración. En cualquier caso, constituyen hechos destacados que deberán ser objeto de ese estado de la liquidación la elaboración del inventario y del balance inicial.

Entendido así el deber consagrado en la norma, no consideramos que se trate de un mandato excesivo (véase, no obstante, BELTRÁN, 2011, 2667). En efecto, se ha dicho, por un lado, que el especial derecho de información de los acreedores puede complicar y encarecer la liquidación. Por otro lado, se ha acusado al deber de comunicación a los socios de contradecir la subsistencia de la sociedad durante la liquidación y el funcionamiento de la junta general durante ese periodo. Sin embargo, ambas objeciones resultan, a nuestro juicio, infundadas.

En primer lugar, el deber de información a los acreedores constituye uno de los escasos elementos tuitivos que el régimen contempla a su favor; escasez que resulta tanto más llamativa si se tiene en cuenta que los acreedores están llamados a cobrar sus créditos de forma preferente (esto es, antes de que los socios perciban la correspondiente cuota de liquidación). Además, la norma permite articular el cumplimiento del deber de información de forma plenamente flexible, empleando los medios más económicos para ello. De igual forma, al no tratarse de una información detallada y pudiendo suministrarse con una periodicidad que dependerá de cada caso concreto, no puede pretenderse que ello complique y encarezca la liquidación. En segundo lugar, no es cierto que el deber de informar a los socios sobre el estado de la liquidación contradiga la subsistencia de la junta durante la fase liquidativa, máxime cuando dicho deber no sustituye —como es obvio— al derecho de información que asiste a los socios durante el periodo ordinario de explotación (arts. 196 y 197 LSC). En efecto, el deber de información ordinario se mantiene durante el periodo de liquidación, de forma accesoria a la celebración de cualquier junta (PAÑEDA, 2018, 419). Cuando la sociedad entra en liquidación, a ese derecho de información ordinario que asiste a los socios se le añade un derecho de información específico relativo al estado de la liquidación, pero complementándolo y sin sustituirlo.

En principio, este derecho de información no presenta limitaciones, restricciones ni excepciones. Únicamente en determinados supuestos excepcionales de protección del interés social sería justificable una reserva controlada

de información. Por ejemplo, en casos de cesión global del patrimonio societario puede darse un conflicto de intereses entre la sociedad en liquidación y algún socio interesado en adquirirla (PAÑEDA, 2018, 419). En estos supuestos particulares, puede resultar perjudicial para el interés general de la liquidación un exceso de publicidad de las ofertas concretas recibidas por el órgano de liquidación y, con el objetivo de maximizar el valor de realización del patrimonio social, puede resultar prudente o razonable restringir temporalmente la información sobre este extremo, de tal manera que todos los interesados puedan concurrir a la oferta en igualdad de condiciones.

Téngase en cuenta, finalmente, que el deber de información de los liquidadores deberá cumplirse incluso en aquellas sociedades anónimas en las que, bien a solicitud de los socios que representen el 5% del capital social, bien por decisión del sindicato de obligacionistas si la sociedad tuviera en circulación obligaciones, se hubiera designado un interventor para fiscalizar las operaciones de liquidación (art. 381 LSC). También deberá cumplirse este deber de información en aquellas sociedades anónimas en las que, debido a la cuantía del patrimonio a liquidar, al número de accionistas u obligacionistas, o a cualquier otra causa que así lo justifique, el Gobierno designe a un interventor para presidir la liquidación y velar por el cumplimiento de las leyes y del estatuto social (art. 382 LSC).

C) La periodicidad del suministro de información

La Ley destaca el carácter periódico del suministro de información, pero no concreta la amplitud de cada periodo. Queda, pues, en manos de los liquidadores la determinación de la frecuencia en cuestión, cuya conveniencia dependerá de las circunstancias de cada caso. Sin perjuicio de lo anterior, parece claro que la comunicación deberá realizarse varias veces dentro de cada año, pues, de lo contrario, no tendría sentido exigir a los liquidadores la presentación de un informe pormenorizado sobre el estado de la liquidación junto a las cuentas anuales (art. 388.2 LSC). Dentro de ese límite, la concreta frecuencia (mensual, bimensual, trimestral, etc.) de suministro de la información queda en manos de los liquidadores (sin embargo, recuérdese que la periodicidad prevista en la regulación anterior era mensual y fue derogada, art. 341 CCom 1829). Con carácter orientativo, parece razonable el criterio fijado por el legislador concursal, que fija trimestralmente la periodicidad del suministro de información (art. 424 TRLC).

Se ha señalado con acierto que sería recomendable y sinónimo de buenas prácticas el que, al inicio de la liquidación, los liquidadores acordasen y comunicasen a los interesados la concreta periodicidad proyectada, de tal

manera que el suministro de información sea previsible en todo momento (PAÑEDA, 2018, 421).

Surge la duda, igualmente, de si los liquidadores pueden alterar la frecuencia del suministro de información, haciéndola, por ejemplo, más a menudo cuando haya avances significativos en la liquidación y espaciándola cuando la misma, por los motivos que sean, se ralentice o estanque. Estimamos, en este sentido, que una vez fijada la frecuencia del suministro y salvo que concurren circunstancias excepcionales, la misma debe mantenerse a un ritmo constante, con independencia del contenido que efectivamente haya que reportar en cada informe. Lo contrario parece contravenir las legítimas expectativas de los socios y los acreedores, que también pueden contar con el suministro de información con cierta frecuencia a los efectos que puedan interesarles.

D) El suministro de información

El artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital establece que los liquidadores «harán llegar a conocimiento» de los destinatarios la información requerida, lo cual parece exigir una comunicación directa, mas no necesariamente individualizada (BELTRÁN, 2011, 2668). Por otra parte, la norma permite a los liquidadores elegir en cada caso el medio que reputen más eficaz para que el estado de la liquidación llegue a los socios y a los acreedores. Esta flexibilidad, digna de alabanza, permite no solo las comunicaciones directas (que podrán, evidentemente, ser electrónicas), sino también las simples circulares o la publicación del estado de la liquidación en el domicilio de la sociedad o, incluso, en la página web corporativa.

La protección de las legítimas expectativas de los destinatarios de la información hace necesario comunicar cualquier cambio en la forma de suministro de la misma (por ejemplo, si la información deja de remitirse individualizadamente para pasar a ser publicada en la página web).

2. LIQUIDACIONES ANTICIPADAS Y VULNERACIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

Como se ha puesto acertadamente de manifiesto, el derecho de información pelagra en el caso de las liquidaciones anticipadas, esto es, en aquellos casos —frecuentes en la práctica— en los cuales los administradores realizan las operaciones materiales de la liquidación *antes* de que la junta acuerde formalmente la disolución, de forma que, solo cuando hayan concluido las referidas operaciones (y se haya liquidado todo el activo y pagado a los

acreedores), someterán los administradores a la consideración de la junta la disolución de la sociedad. Mediante este tipo de liquidaciones anticipadas (también denominadas *liquidaciones de hecho*, en la medida en que los administradores actúan como liquidadores fácticos), las sociedades se ahorran el cumplimiento de muchos de los enojosos deberes informativos que la legislación contempla en fase de liquidación (véanse, en este sentido, las reflexiones de FERNÁNDEZ DEL POZO, 2016, 242, que compartimos plenamente y en las cuales nos basamos). Y, en consecuencia, se produce un evidente riesgo de vulneración del derecho de los socios minoritarios y, sobre todo, de los acreedores a obtener información periódica durante el estado de la liquidación; amén de sustraer a los posibles acreedores sobrevenidos el derecho a cobrar con cargo a la cuota de liquidación recibida por los socios tras la cancelación registral de la sociedad. Al respecto, y a pesar de la pacífica aceptación general por parte de la doctrina y los registros de este proceso simplificado de disolución y liquidación, existen precedentes jurisprudenciales en contra (véase la STS [1.^a] de 15 de julio de 2003 y la SAP Cáceres [1.^a] de 18 de marzo de 2005), precisamente sobre la base de la vulneración del derecho de información de los socios. Por lo tanto, a menos que, en este tipo de liquidaciones anticipadas, exista un informe completo relativo a las operaciones de liquidación realizadas antes de la adopción del acuerdo de disolución, pero con vistas a su efectividad anticipada, los socios habrán quedado privados del derecho de información que la Ley les reconoce con carácter imperativo.

3. EL DEBER DE PRESENTAR A LA JUNTA LAS CUENTAS ANUALES Y EL INFORME SOBRE EL ESTADO DE LA LIQUIDACIÓN

A) Activación del deber

El artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital asigna un segundo deber a los liquidadores, deber que consideramos reflejo del deber de los administradores de formular y presentar las cuentas anuales a la junta durante el periodo ordinario de explotación (art. 253 LSC). En efecto, la Ley establece que, si la liquidación se prolonga por un tiempo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales, los liquidadores deberán presentar a la junta, dentro de los seis primeros meses del ejercicio, las cuentas anuales y un informe pormenorizado sobre el estado de la liquidación.

El deber se activa, por lo tanto, si la liquidación se prolonga por un tiempo superior al previsto para la aprobación de las cuentas anuales (esto es, más allá de los seis primeros meses del ejercicio, art. 164 en relación con el art. 272 LSC). La idea subyacente es la continuidad en el cumplimiento

de los deberes de llevanza de contabilidad durante el periodo de liquidación y, en particular, el mantenimiento de la obligación de formular, aprobar y depositar en el Registro Mercantil las cuentas anuales durante todo este periodo (GARCÍA-CRUCES, 2009, 1247; véase, no obstante, VALPUESTA, 2018, 989). Puesto que los administradores cesan con la apertura de la liquidación (art. 374 LSC), el legislador ha estimado conveniente precisar que el deber de formulación de las cuentas anuales queda atribuido a los liquidadores a partir de ese momento (art. 388.2 LSC).

Aunque el precepto se refiere exclusivamente a que los liquidadores deberán «presentar» a la junta las cuentas anuales y el informe pormenorizado sobre la liquidación, debe interpretarse que el deber abarca tanto la confección o formulación de la documentación anterior como su sometimiento a la aprobación de la junta, lo cual incluye la convocatoria de la junta correspondiente, con la inclusión de su aprobación en el orden del día (en el mismo sentido, PAÑEDA, 2018, 422).

B) Contenido del deber

Corresponde a los liquidadores la formulación de las cuentas anuales, con el contenido ordinario (balance, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo y memoria, art. 254.1 LSC). En la formalización de las cuentas deberán observarse las prescripciones legales relativas a su estructura y contenido (arts. 254 y sigs. LSC). Las cuentas anuales podrán ser verificadas de forma análoga a lo previsto durante la fase ordinaria de explotación (arts. 263 y sigs. LSC; véase en este sentido GARCÍA-CRUCES, 2009, 1254 y 1255; CABANAS, 2020, 315). Deberán ser aprobadas por la junta (art. 272.1 LSC) y depositadas por los liquidadores dentro del mes siguiente a la aprobación en el Registro Mercantil (art. 279 LSC).

Las cuentas anuales se elaborarán con una periodicidad de doce meses, salvo en alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando la liquidación no se prolongue por un plazo superior al previsto para su aprobación y (ii) cuando se acuerde la disolución dentro de un determinado ejercicio, y las operaciones de liquidación concluyan antes del cierre de ese mismo ejercicio (PAÑEDA, 2018, 422).

Como establece la Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 (BOE de 11 de marzo de 2019), la sociedad en liquidación conservará la periodificación contable ordinaria, a menos que exista previsión estatutaria o acuerdo social en contrario. Es decir, cerrará sus cuentas anuales en la misma fecha de cierre (prevista en la LSC o en sus estatutos). Por lo tanto, la existencia de una causa de disolución, legal o voluntaria, no determina un cierre an-

tipicado ni obliga a formular cuentas anuales a esa misma fecha. Tanto el «balance inicial» como el «balance final de liquidación» son documentos extracontables, ajenos a la regulación contenida en el Plan General Contable y endémicos a la situación de liquidación (CABANAS, 2020, 312).

Sobre los criterios contables aplicables a una sociedad en liquidación debe tenerse en cuenta la Resolución del ICAC de 18 de octubre de 2013 (BOE de 25 de octubre de 2013), que establece el marco de información a aplicar en la formulación de las cuentas anuales en caso de quiebra del principio de empresa en funcionamiento. Entre las concretas situaciones susceptibles de dar lugar a la quiebra de dicho principio, la resolución se refiere a los supuestos legales de liquidación societaria y, en síntesis, aclara que determinados activos y pasivos propios de la situación de empresa en funcionamiento podrían no serlo bajo la situación de empresa en liquidación y, a la inversa, activos y pasivos propios o específicos de la situación de empresa en liquidación tal vez no lo serían o no podrían estar reflejados bajo el principio de empresa en funcionamiento. Igualmente, algunos activos y pasivos estarán valorados de una manera (esto es, bajo unos criterios de valoración concretos) y por un determinado importe bajo el principio de empresa en funcionamiento, pero desde la perspectiva de la empresa en liquidación podrían estarlo bajo otros criterios (CABANAS, 2020, 311). En este sentido, el ICAC ha optado por sostener la continuidad de los criterios de valoración recogidos en el marco general de información financiera, salvo el valor en uso que apela a un horizonte temporal (el curso normal del negocio, que se interrumpe), y la conveniencia de matizar el concepto de valor neto realizable o valor actual considerando el escenario de liquidación en el cual se encuentra la sociedad. En general, afirma el ICAC, será necesario tomar el valor de liquidación de los activos como referente para calcular su importe recuperable. Ahora bien, dicho valor no tiene que ser, necesariamente, el que corresponda a una liquidación fragmentada de los elementos que integran la empresa en sentido material, pues, para calcular el valor de liquidación, será necesario analizar el proceso bajo el cual se desarrolla esta última. En otras palabras, el valor de liquidación a considerar dependerá de las circunstancias concurrentes y del tipo de liquidación proyectada.

Si después del cierre del ejercicio, pero antes de la formulación de las cuentas anuales, se acuerda la disolución de la sociedad, se informará sobre estos hechos en la memoria junto con una referencia expresa a que las cuentas anuales se han formulado aplicando la Resolución del ICAC de 18 de octubre de 2013 cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento. Cuando la disolución se acuerde después de la formulación de las cuentas anuales, pero antes de su aprobación, las cuentas anuales se deberán reformular aplicando el citado marco.

C) *El informe pormenorizado sobre el estado de la liquidación*

Sin perjuicio de lo mantenido hasta ahora (esto es, que el deber contemplado en el artículo 388.2 es la traslación a la fase liquidatoria del deber ordinario de formulación de cuentas del art. 253 LSC), el deber de formulación de cuentas se complementa, durante la fase de liquidación, con un deber complementario, consistente en la necesidad de acompañar a las cuentas anuales de «un informe pormenorizado que permita apreciar con exactitud el estado de la liquidación».

La exigencia de este informe sobre el estado de la liquidación es el correlato de la exigencia, durante el periodo ordinario de explotación, del informe de gestión (art. 262 LSC; véase BELTRÁN, 2011, 2670). Ciertamente, la apertura de la fase de liquidación determina la sustitución del informe de gestión (relativo, como es sabido, a la evolución de los negocios y la situación de la sociedad, así como a los principales riesgos e incertidumbres a los que se enfrenta, art. 262.1 LSC) por un informe relativo al estado de la liquidación.

Existen tres diferencias fundamentales entre la información sobre la liquidación contemplada en el apartado primero y la regulada en el apartado segundo del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital. En primer lugar, los destinatarios de una y otra son distintos: la información periódica debe remitirse a socios y acreedores (art. 388.1 LSC), mientras que el informe pormenorizado anual tiene como única destinataria a la junta (art. 388.2 LSC; sin perjuicio de que los liquidadores puedan comunicar también a los acreedores el contenido del informe pormenorizado anual si las circunstancias así lo aconsejan). En segundo lugar, la periodicidad en el suministro también es distinta: en el caso del informe pormenorizado dirigido a la junta, su elaboración es anual (pues acompaña a las cuentas anuales), a diferencia de lo que sucede con la información dirigida a socios y acreedores, cuya frecuencia puede variar pero, en todo caso, deberá ser suministrada varias veces al año. En tercer lugar, el contenido del informe dirigido a la junta no coincide con la información que debe ser remitida periódicamente a los socios y a los acreedores (art. 388.1 LSC, véase *supra*). En efecto, a diferencia de lo que ocurre con los informes periódicos, el informe anual debe ser pormenorizado y permitir apreciar con exactitud el estado de la liquidación (se ha dicho, en este sentido, que el informe del art. 388.2 LSC es una «versión extendida» del estado de la liquidación previsto en el art. 388.1 LSC).

De forma análoga a lo previsto para el informe de gestión (art. 279 LSC), los liquidadores deberán presentar también para depósito en el Registro Mercantil el informe pormenorizado sobre el estado de la liquidación.

4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de cualesquiera de estos deberes por parte de los liquidadores podrá dar lugar al ejercicio de la oportuna acción de responsabilidad en el supuesto de que origine algún daño o perjuicio a la sociedad, a los acreedores o a los socios (BELTRÁN, 2011, 2668). Se ha señalado, sin embargo, que una de las consecuencias del sistema sumamente flexible ideado por el legislador en relación con el suministro periódico a socios y acreedores (art. 388.1 LSC) determina que sea prácticamente imposible la derivación de responsabilidad a los liquidadores por los daños causados por la infracción de ese precepto, en la medida en que los contornos de la obligación no están claros. Así, una comunicación semestral, escueta, genérica, por medio de una circular ubicada en el domicilio social y no anunciada previamente podría suponer un cumplimiento formal del mandato (y, en consecuencia, ser suficiente para eludir el ejercicio de una acción de responsabilidad), pero sin suministrar a los interesados información bastante (PAÑEDA, 2018, 421).

También resultará de aplicación a los liquidadores el régimen sancionador previsto para el incumplimiento, por parte del órgano de administración durante el periodo ordinario de explotación, de la obligación de depósito de las cuentas y demás documentación (art. 283 LSC).

VII. LA SUSTITUCIÓN DE LOS LIQUIDADORES POR DURACIÓN EXCESIVA DE LA LIQUIDACIÓN

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital contiene una regla especial de sustitución de los liquidadores cuando la fase de liquidación se prolonga injustificadamente. Transcurrido el plazo de tres años desde la apertura de la liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo quedan facultados para pedir al letrado de la Administración de Justicia o al registrador mercantil la separación de los liquidadores y el nombramiento de nuevos. Si concurren los dos presupuestos que la norma exige (el retraso de tres años y la no existencia de causa que justifique la dilación), se encomienda al letrado de la Administración de Justicia o al registrador mercantil no solo que nombren liquidadores, sino que determinen el régimen de su actuación. En definitiva, se procede a una *sustitución coactiva* del órgano de liquidación y se deja en manos de los funcionarios correspondientes la adopción de las medidas oportunas para que la liquidación finalice cuanto antes (RDGSJFP de 13 de abril de 2016).

La Ley no fija una duración del periodo de liquidación de la sociedad: aunque la posibilidad de solicitar la separación de los liquidadores se activa a los tres años, ello no prejuzga el tiempo que resulte necesario en cada caso para que la sociedad pueda extinguir todas las relaciones jurídicas. Ciertamente, la duración de las operaciones de liquidación dependerá de las dificultades intrínsecas concurrentes en cada caso concreto (URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2007, 198; BELTRÁN, 2011, 2672). En definitiva, mientras exista causa que así lo justifique, la liquidación puede demorarse, aparentemente, *sine die*. Si no existe causa que justifique la dilación, y mientras se cumplan los requisitos legalmente establecidos, es posible solicitar la sustitución de los liquidadores existentes, mediante su cese y el nombramiento de otros nuevos. En este sentido, la posibilidad de sustituir a los liquidadores constituye una técnica indirecta para limitar la duración del periodo de liquidación (BELTRÁN, 2011, 2672).

El transcurso de tres años no implica, como se verá, la automática consideración como negligente de la actuación de los liquidadores: al contrario, el legislador, partiendo de una visión prudente del periodo liquidatorio, únicamente fija dicho umbral para otorgar la posibilidad de que las autoridades valoren la conveniencia de su cese; conveniencia que procederá si la dilación no está justificada por la dimensión empresarial o la complejidad de las operaciones liquidatorias que hayan de realizarse. En otras palabras, el transcurso de los tres años implica tan solo la posibilidad de instar la separación de los liquidadores; separación que únicamente será procedente y acordada si no media una justificación suficiente de la prolongación temporal de la liquidación (GARCÍA-CRUCES, 2009, 1216). Téngase en cuenta, en todo caso, que los liquidadores también podrán ser cesados antes de que transcurra el plazo de tres años fijado en la norma, pero en tal caso el cese deberá tener otro fundamento que no sea la dilación de la liquidación.

Interesa señalar que este precepto tiene su reflejo también en sede de liquidación concursal (art. 427 TRLC, que lleva por rúbrica «Separación de la administración concursal por prolongación indebida de la liquidación»), con la importante diferencia de que la separación podrá solicitarse cuando haya transcurrido únicamente un año. La diferencia de plazos se explica, sin duda, por los diferentes intereses concurrentes en cada caso y la distinta finalidad de la liquidación societaria, por un lado, y la concursal, por otro, que justifican que los plazos previstos para esta última sean más breves.

2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS LIQUIDADORES

A) Presupuestos

Los presupuestos para la sustitución de los liquidadores son dos: en primer lugar, se exige un presupuesto *temporal*, consistente en el transcurso

de tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a aprobación de la junta el balance final de liquidación (art. 390 LSC). El *dies a quo* lo marca la disolución de la sociedad, ya que, en ese momento, se abre la liquidación (art. 371.1 LSC). Así, la sustitución de los liquidadores podrá solicitarse si, transcurridos tres años desde entonces, no se ha sometido a la aprobación de la junta el balance final de liquidación. Obsérvese que, para enervar la facultad de sustitución, bastaría con la convocatoria y la celebración de la junta en cuestión, no siendo necesario que el balance sea efectivamente aprobado (la norma se refiere, ciertamente, al «sometimiento a la aprobación de la junta» y no a la «aprobación de la junta»; contra, PAÑEDA, 2018, 426). Lo anterior conduce a la paradójica (y seguramente indeseable) conclusión de que no será posible instar la separación de los liquidadores (al menos, con arreglo al art. 389 LSC) cuando, concluidas las operaciones de liquidación y aprobado el balance final por parte de la junta, aquellos demoren excesivamente el otorgamiento de la escritura de extinción o su inscripción en el Registro Mercantil.

En cuanto a la posibilidad de enervar el derecho a solicitar la sustitución de los liquidadores mediante la presentación posterior a su ejercicio de un acuerdo de la junta que proceda al nombramiento de nuevos liquidadores, la respuesta es negativa (véase la RDGSJFP de 13 de abril de 2016). De admitirse el nombramiento de liquidadores acordado por la junta con posterioridad al ejercicio de dicho derecho, sería necesario el transcurso de otros tres años para que pudiera ser ejercitado de nuevo, con el indudable perjuicio que ello conllevaría para sus titulares. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación, la junta general de la sociedad ha tenido tiempo más que suficiente, a juicio del legislador, para remediar la falta de diligencia de los liquidadores por ella nombrados, por lo que ahora se trata de tutelar los intereses de quien solicita su sustitución. Por lo tanto, el acuerdo adoptado por la junta no puede ser tenido en cuenta una vez iniciado el procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el ejercicio del derecho que ahora comentamos. Así las cosas, una vez solicitada la sustitución de los liquidadores, y en tanto no sea resuelto el expediente por la autoridad correspondiente, no procede la inscripción del nombramiento de un nuevo liquidador designado por la junta general.

En segundo lugar, es necesario que no exista *causa que justifique* la dilación. Evidentemente, la concurrencia de este segundo presupuesto constituye una cuestión de hecho que corresponderá determinar caso por caso. La causa justificativa de la dilación puede ser originaria (por concurrir ya en el momento de apertura de la liquidación, v.gr. la existencia de relaciones jurídicas con terceros de larga duración y no susceptibles de extinción anticipada) o bien sobrevenida (v.gr. un litigio iniciado durante la liquidación y a cuya finalización sea necesario esperar). La norma no restringe en modo alguno el elenco de causas

que pueden reputarse justificativas de la duración excesiva de la liquidación, motivo por el cual entendemos que, dependiendo del caso, también podrían considerarse como tales las circunstancias personales de los liquidadores ajenas a su voluntad (por ejemplo, una enfermedad). En consecuencia, sería admisible separar a algunos liquidadores y mantener a otros, en función de cómo se aprecie que ha sido su actuación (en idéntico sentido, VALPUESTA, 2018, 1000).

B) Legitimación activa para solicitar la separación

La sustitución de los liquidadores únicamente cabe a instancia de parte. La Ley legitima activamente para solicitarla a «cualquier socio o persona con interés legítimo». La amplitud con la cual está configurada la legitimación activa es exponente de que existe un interés por lograr la separación si realmente ha mediado negligencia en el retraso. Recuérdese que, salvo en caso de designación por el letrado de la Administración de Justicia o el registrador mercantil, los liquidadores pueden ser libremente destituidos por la junta (art. 380 LSC). Por lo tanto, normalmente, serán cesados por esta en caso de actuación negligente. Sin embargo, puede ocurrir que los liquidadores cuenten con el apoyo de la mayoría de los socios (o que en ellos mismos recaiga la doble condición de liquidadores y socios mayoritarios). En tales casos, el legislador ha optado por permitir que también cualquier socio o persona interesada cuente con legitimación activa suficiente para instar la sustitución de los liquidadores (VALPUESTA, 2018, 999). En consecuencia, en relación con la legitimación de los socios, no se exige la titularidad de ninguna participación mínima en el capital social, de forma que cualquier socio, aunque ostente la titularidad de una porción mínima del capital social, estará activamente legitimado para pedir la sustitución de los liquidadores. Por otra parte, será persona con interés legítimo toda aquella que mantenga con la sociedad en liquidación cualquier tipo de relación jurídica: no solo acreedores (con independencia de la naturaleza o del importe de sus créditos), sino también usufructuarios de acciones o participaciones, etc.

C) Cuestiones procedimentales

La separación de los liquidadores por duración excesiva de la liquidación funciona conforme al principio de rogación, de tal forma que, si no se solicita por persona legitimada, los liquidadores podrán continuar en el cargo sin ningún tipo de cortapisa o limitación en el ejercicio de sus funciones.

Aunque la norma no lo exija de forma expresa, la solicitud deberá estar fundada, esto es, deberá incluir una relación fáctica de la liquidación desde

su comienzo, con el detalle de las circunstancias que rodean al caso (lo cual podrá incluir referencias a los estados de la liquidación que hubieran sido elaborados por los liquidadores o las cuentas anuales formuladas por estos, y, en su caso, a la ausencia de razones que justifiquen la dilación del procedimiento; PAÑEDA, 2018, 426).

Por lo que respecta al procedimiento, este ha sido recientemente reformado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, que ha optado decididamente por la desjudicialización de la materia. Así, la solicitud de sustitución debe dirigirse al secretario judicial (*rectius*, al letrado de la Administración de Justicia) o al registrador mercantil del domicilio social, quienes, previo el necesario trámite de audiencia a los liquidadores, acordarán lo que proceda. Seguramente debido a un error, el apartado tercero se refiere a la revocación del auditor. Sin embargo, el mismo debería rezar «Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno» (redacción anterior a la Ley 15/2015). Nótese, en este sentido, que únicamente no es susceptible de recurso la resolución que acuerde la sustitución de los liquidadores, mas no existe inconveniente para considerar impugnabile la resolución mediante la cual se deniegue dicha sustitución (véase BELTRÁN, 2011, 2673).

3. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN

A diferencia de lo previsto en caso de prolongación indebida de la liquidación concursal, que conlleva la pérdida del derecho a la retribución para los administradores concursales separados del cargo (arts. 427 y 428 TRLC), el cese de los liquidadores debido a la duración excesiva de la liquidación societaria no conlleva un efecto semejante. En efecto, tratándose de una previsión claramente sancionadora, no procede su aplicación analógica. En consecuencia, consideramos que, si finalmente se estima la solicitud y los liquidadores son cesados, ello no impedirá que perciban la retribución que estatutariamente les corresponda por lo desempeñado hasta la fecha de su cese. Lo anterior no obsta, como es obvio, a que pueda exigirse a los liquidadores la responsabilidad que corresponda en caso de que, con sus actuaciones, se haya causado un perjuicio a la sociedad, a los socios o a terceros.

4. EL NOMBRAMIENTO DE NUEVOS LIQUIDADORES

El letrado de la Administración de Justicia y el registrador mercantil cuentan con tres importantes facultades en relación con el nombramiento

de los liquidadores sustitutos. En primer lugar, les corresponde decidir *el número* de liquidadores (dice la norma que «nombrarán liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente»), con independencia de la eventual regulación estatutaria que pueda existir sobre la materia. En segundo lugar, podrán decidir libremente *la identidad* de tales liquidadores. En tercer lugar, les corresponde fijar *el régimen de actuación* de los liquidadores sustitutos de entre las opciones disponibles (liquidador único, liquidadores solidarios, liquidadores mancomunados, liquidadores colegiados), también con independencia del régimen eventualmente fijado en los estatutos. Sin embargo, parece lógico pensar que, en caso de optar por una pluralidad de liquidadores, se atribuya el poder de representación a cada liquidador individualmente, de acuerdo con la preferencia legal (art. 379.1 LSC; véase también URÍA, MENÉNDEZ y BELTRÁN, 2007, 200; BELTRÁN, 2011, 2673). En todo lo demás —incluida la eventual remuneración—, habrá que considerar aplicable lo dispuesto en la Ley y en los estatutos. Recuérdese, finalmente, que la sustitución y el nombramiento de liquidadores deberá ser objeto de inscripción en el Registro Mercantil (art. 243 RRM).

VIII. CONCLUSIONES

I. La determinación de si una operación es (o no) necesaria para liquidar la sociedad debe realizarse caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes. Asimismo, el concepto de necesidad para la liquidación debe interpretarse de forma amplia y funcional, de forma que cualquier operación que optimice y haga más eficiente la liquidación debería poder reputarse como necesaria. Por lo tanto, a la hora de determinar la admisibilidad o no de una determinada operación nueva, no deberá atenderse a la naturaleza de la operación en sí, sino a la finalidad de la misma. Siempre que la operación nueva esté alineada con los fines de la liquidación, resultará admisible, por mucho que, en apariencia, únicamente contribuya a prolongar la vida de la sociedad.

II. La concursabilidad de una sociedad en liquidación que disponga de bienes suficientes para hacer frente a sus deudas dependerá de si está o no en una situación de «incapacidad para el pago de las obligaciones exigibles». Así, si dispone de bienes suficientes, pero carece de liquidez para atender puntualmente las obligaciones exigibles, será insolvente y deberá ser declarada en concurso. Por otra parte, no debe negarse con carácter general y en términos absolutos el acceso de las sociedades en liquidación a los institutos preconcursales. Ciertamente, si bien la liquidación societaria está llamada a culminar con la extinción de la sociedad (i.e., de la persona jurídica deudora), no implica, necesariamente, la

extinción de la empresa (y de la consiguiente actividad económica) de la cual aquella sea titular. Por lo tanto, siempre y cuando el recurso a un acuerdo de refinanciación tenga como objetivo asegurar la pervivencia de la empresa de la cual sea titular la sociedad en liquidación, y siempre que pueda acompañarse el preceptivo plan de viabilidad correspondiente que asegure la continuación de la actividad en el corto y el medio plazo, no debería vetarse dicho acceso a la sociedad en liquidación (por mucho que, a resultas del proceso de liquidación societaria, la persona jurídica deje de existir más adelante).

III. En principio, los liquidadores pueden admitir cualquier medio de pago en relación con las deudas de las cuales es acreedora la sociedad. Ahora bien, si el medio de pago aceptado perjudica de alguna manera a la sociedad, podrían llegar a responder los liquidadores por los daños causados con su actuación. Respecto a la condonación de deudas, su admisibilidad no debe descartarse a priori, ya que, si bien la condonación de una deuda considerada aisladamente pueda ser vista como perjudicial para la sociedad, es posible que, en términos globales coadyuve a una liquidación más rápida y eficiente. Corolario de lo anterior es que los liquidadores también estarían capacitados para renegociar la deuda y pactar quitas, esperas o ambas, tanto en caso de concurso de su deudor como en sede de celebración de acuerdos de refinanciación o extrajudiciales de pagos.

IV. Los liquidadores cuentan con la máxima libertad para optar por la modalidad de enajenación que estimen conveniente, con independencia del tipo de bienes a los cuales se refiera. El concepto de enajenación que maneja el precepto comentado debe entenderse como cualquier transmisión del dominio sobre los activos sociales, de forma que entrarían dentro de esta categoría no solo la compraventa, sino también la cesión en pago o para pago, etc. La naturaleza jurídica del negocio concreto resulta, a estos efectos, indiferente. No parecen tener cabida las enajenaciones a título gratuito (donaciones), so pena de que los liquidadores incurran en responsabilidad frente a la sociedad, a los socios o frente a los acreedores. El único supuesto en el cual podría tener sentido una enajenación a título gratuito sería en relación con bienes con valor negativo o cuya enajenación onerosa resulte desproporcionadamente costosa (ya sea en términos de tiempo o de dinero) en comparación con su valor venal. Por otra parte, es perfectamente posible tanto la enajenación fragmentada de bienes (a través de operaciones individualizadas sobre activos concretos) como la enajenación de unidades productivas. En todo caso, la única enajenación en bloque que pueden realizar los liquidadores es la correspondiente a los elementos activos del patrimonio social, ya que las operaciones que engloban a todo el patrimonio (v.gr. fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo) son, como cualquier otra modificación estructural, competencia de la junta.

V. En relación con los potenciales adquirentes de los bienes sociales, nada obsta a que sean tanto los socios como los propios liquidadores. Sin embargo, la venta al socio mayoritario puede entrañar el riesgo de que se desvíen bienes de la sociedad a su favor y en perjuicio de los demás socios, infringiéndose con ello el principio de igualdad de trato. A falta de normas que sometan a control las operaciones de la sociedad con el socio mayoritario en las sociedades no cotizadas, el control de las condiciones bajo las cuales se ha producido la venta al socio (en especial, el control del precio pagado) sería *a posteriori*, si bien el cauce concreto puede variar en función de las circunstancias concurrentes.

VI. No resulta necesario el acuerdo de la junta respecto de enajenaciones de activos esenciales que se realicen una vez iniciada la liquidación, ya que los actos de disposición son entonces imprescindibles para pagar a los acreedores, liquidar el patrimonio social y repartir la cantidad resultante entre los socios. Entran, por lo tanto, en el ámbito de las funciones y actividades típicas que están obligados a realizar los liquidadores, sin que pueda reclamarse el pronunciamiento de la junta.

VII. En relación con el deber de información que la ley impone a los liquidadores, la falta de concreción de la norma permite concluir que todos los socios son destinatarios de la misma, con independencia de su participación en el capital social o de otras circunstancias que puedan concurrir (v.gr. que sean a la vez socios y administradores, que tengan dividendos pasivos pendientes de desembolso, etc.). En cuanto a los acreedores, también debido a la falta de concreción normativa, tendrán derecho a recibir información periódica sobre el estado de la liquidación con independencia de si su crédito ha llegado o no a vencimiento, del contenido de la prestación, del origen del crédito, etc. En consecuencia, entrarían aquí tanto los acreedores comerciales como los financieros, los laborales y los de créditos públicos (entre otros, la Tesorería General de la Seguridad Social y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria). En cuanto al contenido del deber, bastará con transmitir a los destinatarios de la información la marcha de las operaciones de liquidación, sin que sea necesario proporcionar datos relativos a los bienes concretos que hayan sido ya objeto de enajenación, el precio obtenido, los adquirentes, etc.

VIII. La Ley no fija una duración del periodo de liquidación de la sociedad: así, la duración de las operaciones de liquidación dependerá de las dificultades intrínsecas concurrentes en cada caso concreto. Mientras exista causa que así lo justifique, la liquidación puede demorarse, aparentemente, *sine die*. Por el contrario, si no existe causa que justifique la dilación, es posible solicitar la sustitución de los liquidadores existentes, mediante su cese y el nombramiento de otros nuevos. En este sentido, la posibilidad de sustituir a los liquidadores constituye una técnica indirecta para limitar la duración del periodo de liquidación.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA)

- STS de 10 de noviembre de 1899
- STS 268/1981, de 10 de noviembre
- STS 1592/1983, de 1 de marzo
- ATS 194/1985, de 2 de julio
- STS 5667/2002, de 24 de julio
- STS 8339/2004, de 21 de diciembre
- STS 6940/2007, de 30 de octubre

DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Resolución de 16 de julio de 1998
- Resolución de 3 de septiembre de 1998
- Resolución de 29 de octubre de 1998
- Resolución de 11 de marzo de 2000
- Resolución de 13 de abril de 2000
- Resolución de 22 de mayo de 2001
- Resolución de 29 de febrero de 2016
- Resolución de 3 de marzo de 2016
- Resolución de 13 de abril de 2016
- Resolución de 29 de noviembre de 2017

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, J.: Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no inscrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada), en *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. 1, 1998, 89-112.
- El nuevo artículo 160 f) LSC, entrada en el blog *Derecho Mercantil*, de 13 de febrero de 2015.
- ARIAS VARONA, F.J.: *La disposición de activos esenciales de sociedades en crisis*, 2020.
- ARANGUREN, F.J.: *La sociedad de responsabilidad limitada*, t. II, Madrid, 1996.
- BELTRÁN, E.: Deber inicial de los liquidadores (art. 383), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2647-2651.
- Operaciones sociales (art. 384), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2652-2655.
- Cobro de los créditos y pago de las deudas sociales (art. 385), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2655-2660.

- Deberes de llevanza de la contabilidad y de conservación (art. 386), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2660-2661.
 - Deber de enajenación de bienes sociales (art. 387), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2662-2665.
 - Deber de información a los socios (art. 388), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2666 a 2671.
 - Sustitución judicial de los liquidadores por duración excesiva de la liquidación (art. 389), en Rojo-Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011, II, 2671-2674.
- DE EIZAGUIRRE, J.M.^a y DE ANGULO, L.: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. VIII, Madrid, 1993.
- DE LA CÁMARA: *Estudios de Derecho Mercantil*, vol. II; 2.^a ed., Madrid, 1977.
- DE SENTMENAT, J.M.^a: Poder de representación (art. 112), en Alzaga Villaamil y Rodríguez-Miranda (dirs.), *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, 457-460.
- FERNÁNDEZ DE ALARCÓN, J.A.: Operaciones de liquidación (art. 116), en Alzaga Villaamil y Rodríguez-Miranda (dirs.), *Comentarios a la Ley 2/1995 de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1996, 471-475.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: La información contable en la liquidación de las sociedades de capital. Un examen crítico del estado de la cuestión, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 31 (2008), 141-174.
- La información contable en la liquidación en la Ley de sociedades de capital, en Rojo-Beltrán-Campuzano (dirs.), *La liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia, 2016.
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: El régimen contable durante el periodo liquidatorio: intervención de la junta general, *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 95 (2004), 7 a 76.
- GARCÍA-CRUCES, J.A.: Liquidación societaria y formas de actuar la liquidación societaria, *RGD*, 1998, núm. 640-641, 549 y sigs.;
- Poder de representación (art. 112), en Arroyo-Embido-Górriz (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2.^a ed., Madrid, 2009, 1220-1229.
- Operaciones de liquidación (art. 116), en Arroyo-Embido-Górriz (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2.^a ed., Madrid, 2009, 1257-1267.
- Las cuentas durante la liquidación (art. 115), en Arroyo-Embido-Górriz (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2.^a ed., Madrid, 2009, 1247-1257.
- Duración del cargo (art. 111), en Arroyo-Embido-Górriz (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2.^a ed., Madrid, 2009, 1214-1220.
- GARRIGUES, J.: *Tratado de derecho mercantil*, I.3, Madrid, 1949.
- GAY, R.: *Tratado práctico de sociedades mercantiles*, II, Barcelona, 1930.
- GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades. Parte general y sociedades personalistas*, Madrid 1976.

- MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: Las operaciones de liquidación, en Rojo-Beltrán-Cam-puzano (dirs.), *La liquidación de sociedades mercantiles*, Valencia, 2012, 213-248.
- MUÑOZ PÉREZ, A.F.: *El proceso de liquidación de la sociedad anónima. La posición jurídica del liquidador*, Cizur Menor, 2002.
- PANEDA, F.: Operaciones sociales (art. 384), en Prendes-Martínez Echevarría-Cabanas (dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, t. II., Cizur Menor, 2018, 397-401.
- Cobro de los créditos y pago de las deudas sociales (art. 385), en Prendes-Martínez Echevarría-Cabanas (dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, t. II., Cizur Menor, 2018, 402-412.
- Deberes de llevanza de la contabilidad y de conservación (art. 386), en Prendes-Martínez Echevarría-Cabanas (dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, t. II., Cizur Menor, 2018, 412-415.
- Deber de enajenación de bienes sociales (art. 387), en Prendes-Martínez Echevarría-Cabanas (dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, t. II., Cizur Menor, 2018, 415-419.
- Deber de información a los socios (art. 388), en Prendes-Martínez Echevarría-Cabanas (dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, t. II., Cizur Menor, 2018, 419-424.
- Sustitución judicial de los liquidadores por duración excesiva de la liquidación (art. 389), en Prendes-Martínez Echevarría-Cabanas (dirs.), *Tratado de sociedades de capital*, t. II., Cizur Menor, 2018, 424-427.
- PAZ-ARES, J.C.: Título VIII. De la sociedad, en *Comentario del Código civil*, dir. por Paz-Ares/Díez-Picazo/Bercovitz/Salvador, Tomo II, Madrid, 1991.
- La sociedad colectiva: disolución y liquidación, en *Curso de Derecho mercantil*, dir. por Uría-Menéndez, I, (2.^a ed.), Cizur Menor, 2006, 715 y sigs.;
- RECALDE, A., La competencia de la junta general en relación con los actos de disposición sobre «activos esenciales», en Rodríguez Vega (coord.), *Principales reformas del Derecho mercantil*, 2016, 99-126.
- RUBIO, J., *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, 1974 (3.^a ed).
- SACRISTÁN, F.: *La extinción por disolución de la sociedad de responsabilidad limitada*, Marcial Pons, 2003.
- SÁNCHEZ PARODI, La liquidación, en AA.VV., *La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, RdS, número monográfico, 1994, 573 y sigs.
- URÍA, R.: Artículo 160. Funciones de los liquidadores, en *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, dir. por Garrigues/Uría, Tomo II, (3.^a ed. rev. por Menéndez y Olivencia), Madrid, 1976.
- URÍA R.; MENÉNDEZ, A.; BELTRÁN, E., Disolución y liquidación de la sociedad anónima, en Uría-Menéndez-Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XI, 2.^a ed. 2002.
- Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada, en Uría-Menéndez-Olivencia (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. 4, 2.^a ed., 2007.
- VALPUESTA, E., *Comentarios a la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 3.^a ed., 2018.

*Trabajo recibido el 19-11-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

El derecho real de comiso
y los problemas del «Derecho
nuevo» de Cataluña: comentario a
la RDGRN de 29 de agosto de 2019

*The in-rem right of comiso and
the issues with the «new law» of
Catalonia: a comment to the DGRN
Resolution of 29 August 2019*

por
ANTONIO GARCÍA GARCÍA
Abogado

*¿Qué es eso en sí mismo según su peculiar constitución?, ¿cuál es su
sustancia y materia?, ¿y cuál su causa?, ¿y qué hace en el mundo?
(Marco Aurelio, Meditaciones, hacia 170 - 180 d.C.)*

*Primeros principios, Clarice. Lea a Marco Aurelio.
De cada cosa pregúntese: ¿Qué es en sí misma? ¿Cuál es su naturaleza?
(Hannibal Lecter, El silencio de los corderos, 1991)*

RESUMEN: La RDGRN de 29 de agosto de 2019 admitió la inaplicación de las disposiciones del Código civil de Cataluña a la «condición resolutoria expresa» en garantía del precio aplazado de un contrato de

compraventa, a pesar de encontrarse las fincas vendidas en Granollers. La DGRN declaró su competencia para conocer del recurso contra la calificación negativa del registrador, y resolvió que, no siendo la «condición resolutoria expresa» un derecho real, resulta aplicable a la misma el artículo 10.5 del Código civil, y, en consecuencia, el Derecho común español, al que las partes habían sometido el contrato de compraventa. En este trabajo comentaré la citada RDGRN, y defenderé que la llamada «condición resolutoria expresa» es, en realidad, un derecho real *in re aliena*, naturaleza que se ve reforzada en nuestro caso de estudio con los pactos alcanzados por las partes. Este análisis nos habrá de llevar a una conclusión que es similar en sus efectos a la alcanzada por la DGRN, aunque por motivos completamente distintos.

ABSTRACT: The RDGRN Resolution of 29 August 2019 established that the provisions of the Civil Code of Catalonia do not apply to a «condition subsequent» securing the deferred price in a sale-and-purchase agreement, despite the assets sold being located in Granollers. The DGRN declared its competence over the challenge to the Registrar's refusal to record the right, and it ruled that, since the «condition subsequent» is not an in rem right, article 10.5 of the Civil Code applies. Therefore, so does Spanish common law, which the parties had chosen to govern the sale-and-purchase agreement. In this paper, I discuss the aforementioned DGRN Resolution, and I sustain that the so-called «condition subsequent» is actually an in rem right in re aliena, which is emphasized in the case at hand because of the agreements by the parties. This analysis shall lead us to a conclusion that is similar in its effects to that reached by the DGRN, but on completely different merits.

PALABRAS CLAVE: Condición resolutoria. Derecho real. Código civil de Cataluña. Conflicto de leyes. Dirección General de los Registros y del Notariado. Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña. Derecho mercantil. Heterointegración del Derecho catalán.

KEY WORDS: *Condition subsequent. In rem right. Civil Code of Catalonia. Conflict of laws. General Directorate of Registries and Notaries. General Directorate of Law and Legal Entities of Catalonia. Commercial law. Construction of Catalan law.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DEL DERECHO REAL DE COMISO. 2. EL PACTO LLAMADO DE «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA» Y SU CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR. 3. LA RESOLU-

CIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA DE 25 DE JULIO DE 2019. 4. LA RDGRN DE 29 DE AGOSTO DE 2019.—II. VALIDEZ DE LOS PACTOS BAJO DERECHO COMÚN ESPAÑOL.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA»: 1. EL TRASFONDO FILOSÓFICO DE LA CUESTIÓN: REALISMO VS. NOMINALISMO: A) *El nombre de la rosa*. B) *La postura mayoritaria*. C) *Un primer problema «nominal»: el artículo 1115 del Código civil*. 2. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL. 3. LA DOCTRINA DEL *NUMERUS APERTUS* EN LA CREACIÓN DE DERECHOS REALES: A) *Principio general*. B) *Distinción entre la CRE y otras figuras con eficacia obligacional*. C) *El efecto de las arras penales*. 4. EL ENFOQUE «REALISTA» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RESPECTO DE LA CRE: A) *Tributación en ITP-AJD*. B) *Privilegio especial en el concurso de acreedores*. 5. ACCESORIEDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CRE: A) *Accesoriedad respecto del crédito por el precio aplazado*. B) *Indivisibilidad en los mismos términos que la hipoteca*. 6. LA PROGRESIVA EQUIPARACIÓN DE LA CRE Y LA HIPOTECA EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y LA DOCTRINA DE LA DGRN: A) *La reforma de la LH de 1946*. B) *La reforma de 2015*. 7. LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES PRESENTE EN LA CRE. 8. EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* NO ES INCOMPATIBLE CON LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA. 9. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE COMISO: ¿DECLARATIVA O CONSTITUTIVA?—IV. APLICABILIDAD DE LA LEY CATALANA AL DERECHO DE COMISO SOBRE INMUEBLES SITUADOS EN CATALUÑA: 1. NORMA DE CONFLICTO Y PUNTO DE CONEXIÓN. 2. CARÁCTER TERRITORIAL DEL DERECHO CATALÁN. 3. CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 621-54 CCCAT: A) *La libertad de elección de ley en la sucesión testada*. B) *El Reglamento Roma I no es aplicable al caso*. C) *Conclusión: el Derecho catalán no puede excluirse por pacto entre las partes*. D) *Breve mención al reflejo registral de circunstancias del estatuto personal de los titulares de derechos inscritos*.—V. COMPETENCIA DE LA DGDEJ PARA CONOCER DEL RECURSO CONTRA LA NOTA DE CALIFICACIÓN.—VI. UNA POSIBLE SOLUCIÓN: 1. EL «NUEVO DERECHO CATALÁN» COMO PROBLEMA PARA EL TRÁFICO JURÍDICO: EL FRACASO DE UN MODELO. 2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES DEL «NUEVO DERECHO» CATALÁN DESDE EL «PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN» DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS. 3. EL PRECEDENTE NAVARRO. 4. EL OTRO PRECEDENTE: LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE SEGUROS. 5. EL PROBLEMA AÑADIDO DE LA VECINDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 6. SÍNTESIS: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 621-54 AL SUPUESTO DE HECHO POR RAZÓN DE SU ORIGEN.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. LA IMPORTANCIA HISTÓRICA DEL DERECHO REAL DE COMISO

En nuestros días, el derecho real de comiso (comúnmente conocido con el nombre de «condición resolutoria expresa») se encuentra en desuso entre el gran público que compra y vende viviendas. Los vendedores prefieren que el comprador recurra a la financiación bancaria, ya que esta les proporciona liquidez de manera inmediata (a cambio de una garantía hipotecaria sobre el inmueble). Sin embargo, esto no siempre fue así: durante la posguerra y buena parte de la segunda mitad del siglo XX, el derecho de comiso en garantía de precios aplazados tuvo una enorme relevancia social en nuestro país, contribuyendo —más incluso que la hipoteca— a que España tenga a día de hoy una de las tasas de propietarios más alta de la Unión Europea.

No podemos descartar que el derecho de comiso retorne en el futuro a la primera línea de la vida jurídica: la regulación cada vez más restrictiva de la financiación hipotecaria (v.g. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario), así como las dificultades que experimentan las entidades financieras para obtener rentabilidad en un contexto de tipos de interés bajos hacen que la población con menos recursos tenga cada vez más difícil acceder al crédito hipotecario. Una posible solución para que la gente más modesta pueda transformar su ahorro mensual en propiedad inmobiliaria (y que no queden condenados a ser arrendatarios de por vida) podría ser que los vendedores volvieran a normalizar el aplazamiento de parte del precio de venta.

A día de hoy, el derecho de comiso continúa siendo de gran utilidad en el ámbito mercantil, para garantizar el precio aplazado en grandes operaciones inmobiliarias. Precisamente en el contexto de una de estas operaciones se desarrolla el supuesto de hecho que analizaremos en este trabajo.

2. EL PACTO LLAMADO DE «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA» Y SU CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR

En diciembre de 2018, dos sociedades con vecindad civil común (SAREB y «Talismán Capital, S.L.») suscribieron un contrato de compraventa de una cartera de inmuebles, situados en diez comunidades autónomas distintas. Dicho contrato (que las partes sometieron a Derecho civil común y formalizaron en escritura pública) preveía una condición resolutoria expresa para el supuesto de que se produjera un impago del precio aplazado. Presentada a inscripción en los Registros correspondientes, la escritura fue calificada negativamente por el registrador de la propiedad n.º 3 de Granollers, por

entender que, respecto de los inmuebles sitos en Cataluña, resulta aplicable el Derecho civil catalán, sin que la citada «condición resolutoria» se adecúe a las disposiciones del Código civil de Cataluña (en adelante, «CCCat»).

La «condición resolutoria» pactada en el contrato de compraventa establecía lo siguiente:

[Estipulación] 4.1. Condición resolutoria expresa

Ambas Partes pactan como condición resolutoria expresa de esta compraventa a favor del Vendedor, y conforme a lo dispuesto en los artículos 1504 del Código civil, 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento Hipotecario, que la falta de pago del Precio Aplazado Individualizado de cada uno de los Inmuebles conforme al desglose incluido en el Anexo 3(c) dará lugar a la resolución de pleno derecho de su compraventa (en adelante, la «Condición Resolutoria»).

La Condición Resolutoria cumple la función de garantizar la obligación asumida por el Comprador de abonar al Vendedor todos y cada uno de los importes correspondientes al Precio Aplazado de los Inmuebles, incluyendo expresamente los Intereses de Demora en el caso de que el Comprador no abone, total o parcialmente, los importes correspondientes al pago de la parte aplazada de su Precio Individualizado en las fechas indicadas en el apartado (ii) de la Estipulación Tercera anterior.

Por lo tanto, cada uno de los Inmuebles queda afectado, con carácter real, por la Condición Resolutoria explícita referida al pago de la parte aplazada de su Precio Individualizado más los Intereses de Demora que se devengarán, y sin quedarlo, por lo tanto, respecto del pago de la parte aplazada del Precio Individualizado de los restantes Inmuebles o sus Intereses de Demora [...].

A efectos hipotecarios, la Condición Resolutoria garantiza los Intereses de Demora al tipo de intereses [sic] nominal anual del dos por ciento (2%), lo que determina, para cada uno de los Inmuebles, un importe de Intereses de Demora, a efectos hipotecarios, del dos por ciento (2%) del correspondiente Precio Aplazado Individualizado. [...]

4.2. Ejercicio de la Condición Resolutoria

4.2.1. Incumplimiento por el Comprador

La falta de pago, total o parcial, [...] facultará al Vendedor para resolver de pleno derecho la compraventa del Inmueble o Inmuebles contenida en la presente Escritura, cuyo Precio Aplazado Individuali-

zado e Intereses de Demora debidos no se hayan pagado íntegramente por el Comprador, procediendo a reinscribir a su nombre el Inmueble o Inmuebles afectado(s) por la resolución correspondiente en el Registro de la Propiedad conforme a lo determinado en los artículos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 del Reglamento Hipotecario, con la sola presentación de la copia autorizada del acta notarial de notificación de la resolución contractual establecida en el artículo 1504 del Código civil y copia del título del Vendedor. [...]

El Vendedor retendrá el importe íntegro de las cantidades hasta ese momento pagadas por el Comprador en concepto de cláusula penal que compense los daños y perjuicios sufridos por el Vendedor (la «Cláusula Penal»). La Cláusula Penal no sustituye el derecho del Vendedor a reclamar una indemnización por cualesquiera otros daños y perjuicios producidos hasta un importe máximo del veinte por ciento (20%) del Precio Aplazado Individualizado delllos Inmueble(s) afectado(s) por la resolución. [...]

4.2.2. Aplicación de la Cláusula Penal

La Cláusula Penal resultará de aplicación en el caso de incumplimiento parcial, irregular y/o total por el Comprador, excluyéndose por acuerdo expreso de las Partes (y al amparo de la autonomía de la voluntad) la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1154 del Código civil. Adicionalmente, el Comprador acepta y asume la Cláusula Penal, manifestando que la considera adecuada, renunciando expresa e irrevocablemente a realizar cualquier reclamación al Vendedor, judicial o extrajudicial, tendente excluir su aplicación, solicitar su minoración o retraso.

4.2.3. Requerimiento

El Vendedor podrá ejercitar la acción resolutoria a través de requerimiento fehaciente mediante acta notarial (el «Requerimiento»), conforme a lo prevenido en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, en el cual (i) se requiere al Comprador el abono íntegro del importe del Precio Aplazado Individualizado de los Inmuebles en cuestión pendiente (junto con los Intereses de Demora que resulten aplicables) en un plazo máximo e improrrogable de cinco (5) Días Hábiles desde la fecha del Requerimiento; y (ii) se dejará constancia de que, transcurrido dicho plazo de cinco (5) Días Hábiles, sin que el Comprador hubiera procedido a pagar íntegramente el Precio Aplazado Individualizado correspondiente más los Intereses de Demora debidos, se entenderá cumplida la Condición Resolutoria y, por tanto,

quedará automáticamente resuelta de pleno derecho la compraventa del Inmueble o Inmuebles cuyo Precio Aplazado Individualizado más los Intereses de Demora no se hubieran pagado íntegramente por el Comprador.

[...]

El registrador emitió una nota de calificación extensa y motivada, que no vamos a reproducir por motivos de espacio, pero que puede consultarse íntegramente en la resolución de la DGDEJ de la que trataremos después. Según dicha nota, las cláusulas reproducidas *supra* no son inscribibles por ser contrarias al artículo 621-54 CCCat:

Artículo 621-54 Pacto de condición resolutoria

1. El pacto de condición resolutoria establecido para el supuesto de falta de pago de todo o una parte del precio aplazado faculta al vendedor para resolver el contrato y recuperar el inmueble, siempre y cuando haya requerido previamente al comprador mediante un acta notarial que en un plazo de veinte días efectúe el pago, con la advertencia de que, si no lo hace, se resolverá la compraventa.

2. Si el pacto de condición resolutoria se ha formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplican a la resolución los preceptos del presente artículo. El pacto debe prever que, para que se produzca la resolución, la parte impagada del precio aplazado, incluidos, si procede, los intereses pactados, debe superar el 15% del precio íntegro más los intereses. Se puede establecer que el vendedor retenga las cantidades pagadas por el comprador, con un máximo de la mitad de la cantidad total que haya debido percibir, de acuerdo con el contrato, hasta la fecha de la resolución. Si se han pactado intereses, la escritura debe incorporar un cuadro de amortización y el tipo de interés debe ser fijo, debe devengarse por meses vencidos y no puede ser superior al interés legal en el momento del otorgamiento de la escritura, incrementado en el 50%. El vendedor no puede reclamar al comprador cantidad alguna por las cuotas futuras y no vencidas¹.

SAREB interesó la calificación sustitutoria, y la nota del registrador de Granollers fue confirmada por la registradora de la propiedad n.º 1 de Barcelona.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA DE 25 DE JULIO DE 2019

En su nota de calificación, el registrador indicaba que contra la misma cabía interponer recurso ante la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña («DGDEJ») en el plazo de un mes. Tras la confirmación de la nota por la registradora sustituta, la vendedora (SAREB) impugnó la calificación ante la DGRN², la cual remitió al registrador el escrito de interposición de recurso para su tramitación. A su vez, el registrador elevó el expediente a la DGDEJ, en aplicación del artículo 3.3 de la Ley de la Generalidad 5/2009 (sobre lo que volveremos más adelante). En su recurso, SAREB defendía la licitud del pacto de sumisión al Derecho común, en resumen (y siempre según la recurrente): (a) por no ser la condición resolutoria un derecho real, (b) por no ser el artículo 621-54 CCCat una norma imperativa, (c) por no tener preferencia el Derecho civil catalán sobre el Derecho común español y (d) porque el artículo 10.5 del Código civil garantiza la libertad de elección entre los distintos Derechos civiles españoles en materia de obligaciones y contratos, siendo, además, la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH») la única norma que debe regir las cuestiones registrales derivadas de los pactos contractuales en materia de condición resolutoria expresa.

La DGDEJ desestimó el recurso de SAREB en Resolución de 25 de julio de 2019 (DOGC de 7 de agosto). En primer lugar, confirmó su competencia para resolver el recurso con base en el artículo 1 de la Ley 5/2009, y confirmó la nota del registrador, en síntesis, por no ser de aplicación el artículo 10.5 del Código civil, sino el 10.1 del Código civil, al tener la condición resolutoria inscrita efectos frente a terceros. El artículo 10.1 del Código civil remite al 621-54 CCCat, de carácter imperativo.

4. LA RDGRN DE 29 DE AGOSTO DE 2019

La DGRN se declaró competente para conocer del recurso. En su Resolución, publicada en el BOE de 30 de octubre de 2019, señala que la condición resolutoria tiene carácter contractual y no real (tanto en Derecho común como en Derecho catalán). Por consiguiente, le es aplicable el artículo 10.5 del Código civil: *«Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate [...]»*, y no el artículo 10.1, reservado a los derechos reales sobre inmuebles.

La DGRN declara que la condición resolutoria expresa del artículo 1504 del Código civil es una facultad jurídica, que en absoluto puede ser concep-

tuada como un derecho real, forzando así la aplicación del artículo 10.1 del Código civil. Su acceso al Registro no implica su conversión en derecho real, pues la inscripción no convierte en real lo personal, sino que únicamente le atribuye eficacia frente a terceros. Por consiguiente, resulta válida la sumisión al Derecho común, *ex* artículo 10.5 del Código civil. Señala igualmente que la doctrina viene calificando la condición resolutoria expresa como un «derecho potestativo» para la parte que decide resolver ante la falta de pago de la contraparte, o bien como una «facultad jurídica». Declara igualmente que el artículo 111-6 CCCat permite a las partes excluir la aplicación de las leyes civiles catalanas, salvo cuando estas tengan carácter imperativo; y que en España coexisten distintos ordenamientos civiles, lo que permite aplicar el Derecho civil común sin perjuicio del territorio de que se trate. La DGRN señala que la libertad de elección de la ley aplicable es paradigma del moderno Derecho contractual europeo, como resulta del artículo 3.1 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento «Roma I»), y que negar la facultad de las partes de escoger la ley aplicable a la condición resolutoria supondría abogar por «*un indefendible criterio de territorialidad*» que implicaría un retroceso con relación al Derecho comunitario. Además, la DGRN admite la inscripción del pacto de cláusula penal, sin que por tanto el vendedor venga obligado a consignar las cantidades satisfechas por el comprador para el ejercicio de la condición resolutoria.

Contra esta RDGRN, la Generalidad de Cataluña interpuso demanda ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, alegando vulneración de las competencias atribuidas a la DGDEJ. A la fecha en que se escriben estas líneas (octubre de 2020), dicho procedimiento está pendiente de Sentencia.

II. VALIDEZ DE LOS PACTOS BAJO DERECHO COMÚN ESPAÑOL

En nuestro caso de estudio, el ejercicio del poder resolutorio unilateral por el vendedor *ex* artículo 1504 del Código civil se sustancia mediante una notificación de las previstas en el artículo 59 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH»), que concede al deudor un plazo improrrogable para el pago. En caso de no atender al pago, opera la reversión automática de la propiedad, sin necesidad de un nuevo consentimiento del comprador (y con renuncia de este a cualesquiera acciones judiciales o excepciones procesales). El plazo adicional de cinco días para pagar previsto en la escritura no conculca el artículo 1504 del Código civil: aunque este último permite la mera notificación de la resolución ante el impago del deudor, no excluye la fijación de un nuevo plazo (MARTÍNEZ SARRIÓN)³.

El pacto de cláusula penal (o de arras penales, según DELGADO ECHEVERRÍA)⁴ supone la inaplicación práctica del artículo 175. 6.ª RH, que exige la previa consignación del precio para reinscribir la titularidad de los bienes a nombre del vendedor. La DGRN ha declarado inscribibles cláusulas penales en relación con condiciones resolutorias expresas, por tener aquellas una evidente trascendencia real (cfr. RDGRN de 6 de febrero de 1990). La renuncia del comprador a las cantidades entregadas es válida desde el Derecho romano, que permitía al vendedor retener «*quod arrae vel alio nomine datum esset*» (lo que se hubiera entregado en concepto de arras o por otro concepto). También las Partidas recogieron esta doctrina, con atenuaciones, eso sí, para cuando el comprador hubiese pagado la mayor parte del precio⁵. Coincidimos con AZOFRA en que el matiz «*con las deducciones que en su caso procedan*» previsto en el artículo 175. 6.ª permite eximir al vendedor de consignar las cantidades entregadas a cuenta del precio, cuando las partes hubieran dado a dicho importe el carácter de arras penales⁶. Concuero también con este autor en que sería absurdo que los terceros registrales posteriores percibieran cantidades a las que el propio comprador no tiene derecho (ya que la consignación, no olvidemos, es de cantidades debidas *al comprador*). Como señala ROVIRA JAÉN⁷, «*la cancelación automática se deriva de la resolución del derecho de la manera como ha sido configurada por las partes, y si estas han pactado que el vendedor se apropiará del precio recibido, y así se resolverá el derecho del comprador, no vemos ninguna razón para exigir consignar una cantidad que no hay que devolver al comprador*»⁸.

No teniendo ninguno de los contratantes la condición de consumidor, la renuncia a la moderación judicial de la cláusula penal es válida. La DGRN cita la STS de 5 de diciembre de 2003, que estableció que el artículo 1154 del Código civil no resulta aplicable cuando el incumplimiento parcial es el previsto expresamente en la cláusula penal.

En cuanto a la extensión del pacto de «condición resolutoria» a los intereses moratorios, esta viene siendo admitida por la DGRN desde su Resolución de 5 de febrero de 1990. Idéntica postura ha sostenido el Tribunal Supremo (STS de 22 de enero de 1991).

Por todo lo anterior, debo concluir, con AZOFRA y la DGRN, que el funcionamiento de la «condición resolutoria» y de la cláusula penal pactadas en la escritura es válido en Derecho común español. No existiendo discrepancia en este punto, no abundaré más en él. Hay que destacar, sin embargo, que con esta decisión la DGRN abandona la que había sido su doctrina sobre los efectos de la «condición resolutoria expresa» al menos, desde la Resolución de 29 de diciembre de 1982⁹. Durante estas casi cuatro décadas, la DGRN había diluido la eficacia de la condición resolutoria mediante la supresión del automatismo registral en la

reinscripción. Tanto la citada RDGRN de 1982 como la STS de 16 de noviembre de 1979 entendieron que, si el deudor se opone a la resolución, no cabe el ejercicio extrajudicial de la misma, sino que se entra en una fase de controversia que debe ser resuelta por los Tribunales (GÓMEZ GÁLLIGO)¹⁰—. Esta postura generó duras críticas por parte de quienes la consideraban «una doctrina peligrosa para la eficacia en el tráfico de la condición resolutoria expresa» (DÍEZ PICAZO), «un atentado a la misma línea de flotación del esquema protector o de seguridad de la posición del vendedor» (MAGARIÑOS), o «un deterioro del pacto de resolución» (MARTÍNEZ SANCHIZ)¹¹.

Sentado lo anterior, queda la duda de si el Derecho común español es aplicable a nuestro supuesto de hecho. Para dar respuesta a esta cuestión, primero debemos dilucidar otra: si la «condición resolutoria expresa» es o no un derecho real.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA «CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA»

1. EL TRASFONDO FILOSÓFICO DE LA CUESTIÓN: REALISMO VS. NOMINALISMO

A) *El nombre de la rosa*

Una de las grandes frustraciones de Umberto Eco fue que prácticamente nadie entendió el juego de palabras en el título de *El nombre de la rosa*. Quienes han visto la película de Jean-Jacques Annaud (de la que Eco abominaba) suelen relacionar el nombre de la obra con el recuerdo del primer (y único) amor del protagonista, Adso de Melk. Pero hay otra lectura en clave nominalista que se nos revela en las últimas líneas del relato del monje alemán. Influido por el recuerdo de las palabras de su maestro mientras ambos contemplaban desde la explanada la abadía consumida por las llamas, el protagonista lanza en su última línea una terrible sentencia: «*stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*» («de la rosa primigenia solo nos queda el nombre, solo conservamos nombres desnudos»). Esta frase resume la creencia propia de la filosofía nominalista de que los «universales» no tienen verdadera existencia ontológica más allá del particular, y que no son sino *flatus vocis* que usamos para agrupar realidades concretas que cambian a voluntad, sin seguir un orden lógico, como en el caos primigenio. Lo importante no es la esencia de las cosas, pues estas no tienen verdadera existencia ontológica, sino más bien *los nombres* con que designamos realidades particulares. Frente a esto, el «realismo» defiende la existencia de los universales y las realidades abstractas.

El maestro de Adso es un trasunto de Fray Guillermo De Occam (con un cambio en el patronímico que realza su faceta detectivesca). OCCAM fue el padre —quizá involuntario— de la escuela nominalista. Desde el punto de vista histórico, el nominalismo ganó el debate de los universales por goleada, y transformó decisivamente el mundo posterior a la época en que se desarrolla la trama de *El nombre de la rosa*¹².

Sin embargo, la hegemonía del pensamiento nominalista y su prosapia histórica no deben llevarnos a aceptar sus postulados. Menos aún a quienes cultivamos la ciencia del Derecho, ligada a dos virtudes cardinales como son la justicia y la prudencia (adviértase que en Italia no existen facultades de «*Diritto*», sino de «*Giurisprudenza*»). No es preciso alertar al lector familiarizado con nuestra historia legislativa reciente de los peligros que conlleva desligar las palabras de su auténtico significado.

En este trabajo defiendo que solo es posible sustraer la «condición resolutoria expresa» del terreno de los derechos reales desde una visión nominalista, que anteponga el nombre dado a esta figura a su verdadera naturaleza, reconduciéndola al campo de las obligaciones condicionales. En otras palabras: defenderé que lo único que impide considerar a la «condición resolutoria expresa» un derecho real es...su nombre.

B) La postura mayoritaria

Son muy pocos los autores que comparten mi concepción de la «condición resolutoria expresa» como un derecho real. Algunos de ellos son RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 97), ARIJA SOUTILLO¹³ y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. Este último la califica de «*derecho real de garantía innominado o atípico*»¹⁴. Esta es también la opinión del registrador, quien señala en su nota de calificación: «*Dado el carácter de derecho real de garantía que ostenta la condición resolutoria explícita y su encaje en el número 1, y no el 5, del artículo 10 del Código civil...*».

Siendo justos, la doctrina que niega el carácter de derecho real de la «condición resolutoria expresa» es (muy) mayoritaria. Se suele recurrir a perifrasis como «pacto con eficacia real», «carga o gravamen real», «garantía con efectos reales», «derecho potestativo» etc. Sin embargo, cuando algún autor se ha aproximado a la cuestión con más detalle (v.g. ROVIRA JAÉN) ha acabado por admitir que «[al] analizar el tratamiento que nuestro Ordenamiento jurídico le otorga a este poder resolutorio, no está tan claro que no sea un derecho real»¹⁵. GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, 2475) apunta que «*aunque [la CRE] se trata de una facultad resolutoria más que propio derecho real, la analogía con los derechos reales no puede desconocerse dada la eficacia erga omnes que con la inscripción de la cláusula*

resolutoria se obtiene, lo que ya fue puesto de manifiesto en la RDGRN de 25 de octubre de 1979, que admitió la posposición de condición resolutoria e hipoteca futura «dada la identidad de razón que se aprecia entre ambos supuestos y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º 1 del Código civil». Así pues, la «condición resolutoria expresa» sí parece tener un sustrato propio que la distingue de las realidades propias del Derecho de obligaciones y contratos.

C) Un primer problema «nominal»: el artículo 1115 del Código civil

Initium doctrinae sit, consideratio nominis: debemos empezar por discutir el nombre mismo de la figura. La mayoría de la doctrina coincide en que la «condición resolutoria» expresa (o «explícita») no deriva del artículo 1113 del Código civil, es decir, no se trata de una *conditio* (ni *conditio iuris* ni *conditio facti*). Y es que la falta de pago no constituye «un suceso futuro o incierto» (ni mucho menos «un suceso pasado que los interesados ignoren»). Estamos, por el contrario, ante un incumplimiento de la obligación esencial del deudor, lo que debería excluir su carácter de *conditio* por virtud del artículo 1115 del Código civil («Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula»). La RDGRN de 8 de enero de 1921 declaró que «las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la del precio de la compraventa, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas». GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, 2465) apunta que «la facultad de resolver no entraña una propia condición en la medida que la eficacia de la obligación no depende de un suceso futuro o incierto ni de un suceso pasado que los interesados ignoren (art. 1113 CC), sino que depende de la voluntad del deudor de cumplir su obligación de pagar el precio aplazado. De ahí que la doctrina, a veces, la denomine simplemente cláusula o facultad resolutoria». En la misma línea, RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 58) advierte que el impago del precio aplazado no es un evento externo, sino que está «in obligatione», «de manera que elevarlo a condición sería tanto como dejar el contrato al exclusivo arbitrio del comprador».

Nos enfrentamos a un primer problema: el nombre con el que comúnmente se alude a la «condición resolutoria expresa» está desligado de su verdadera naturaleza. A efectos puramente expositivos, en el presente trabajo emplearé las siglas «CRE» para designar la figura, hasta llegar al que creo que debe ser su verdadero nombre. Cuando por razones de eufonía no emplee esta abreviatura, entrecomillaré siempre las palabras «condición resolutoria».

2. LA HIPOTECA COMO DERECHO REAL

¿Es la hipoteca un derecho real? Esta es la primera pregunta a la que debemos dar respuesta, antes de entrar a analizar más en detalle la CRE. CERDEIRA sostiene que la hipoteca no es un derecho, sino una carga real¹⁶. Se basa en el concepto de «inmediatividad» (o «inmediatez») como definitorio de los derechos reales. Según este autor, dicha inmediatez no está presente en la hipoteca. En mi opinión, confunde la idea de inmediatez con la posesión, al describir aquella como un señorío, pleno o parcial, en la cosa¹⁷.

No existe una definición unívoca de inmediatez. Quizá la más adecuada sea *«el poder directo e inmediato sobre la cosa que tiene el titular de un derecho real, de suerte que puede ejercerlo sin necesidad de mediación o intervención de otra persona»*. Son varios los autores que hablan de la «inherencia» como una manifestación *sui generis* de la inmediatez en los derechos reales de garantía. Dicha inherencia a la cosa es lo que distingue a los derechos de garantía de la facultad genérica de agresión contra el patrimonio del deudor prevista en el artículo 1911 del Código civil. A mi juicio, la inmediatez en los derechos de garantía es indistinguible del concepto de «acción real» (art. 129 LH). El hipotecante designa un bien de su patrimonio para que quede especial, preferente, y absolutamente afecto a satisfacer el interés de un acreedor con preferencia sobre cualquier otro, afección que lleva implícita la nota de inmediatez. Siguiendo a LACRUZ (*op. cit.*, vol. 2, 204), la cooperación de los órganos jurisdiccionales no priva a la hipoteca o a la prenda de la inmediación sobre la cosa, pues lo determinante es que esta tenga lugar sin la cooperación del propietario, o aun contra su voluntad. Esta visión concuerda con la de GIORGIANNI¹⁸, quien contrapone el interés *in rem* del titular de un derecho real sobre la cosa (v.g. el acreedor hipotecario) al interés puramente obligacional de un acreedor en que su deudor realice una determinada conducta (v.g. el pago de la deuda), la cual podrá realizar mediante efectivo o mediante entrega de determinados bienes. Así, un derecho patrimonial se convierte en «real» cuando el poder de su titular está ligado a una cosa determinada. En los derechos reales de garantía, esta vinculación se manifiesta en que el interés del titular se satisface mediante la venta en pública subasta del objeto de la garantía (como sucede en la prenda o la hipoteca), o en su reversión al anterior titular (como sucede en la CRE). Que el acreedor deba o no recurrir a la heterotutela para la defensa de sus intereses es indiferente: nótese que el propietario que desahucia a su arrendatario por impago también debe recurrir a medios heterocompositivos si este no abandona el inmueble por voluntad propia, sin que por ello deje de ser titular de un derecho real de propiedad.

Frente a lo que sostiene CERDEIRA, el *ius distrahendi* en los derechos reales de garantía es una modalidad *sui generis* del *ius disponendi*. Este último se concreta de manera distinta en cada derecho real (i.e. solo el propietario tiene el pleno *ius disponendi* sobre la cosa). El acreedor hipotecario no dispone por sí mismo del bien, sino que *fuera su transmisión* mediante la obtención de una declaración de voluntad sustitutoria emitida por un tribunal en forma de decreto de adjudicación. La transmisión se produce en favor del acreedor, del tercero ganador de la subasta o del tercero a quien el acreedor cede el remate. El acreedor se adjudica el bien, reduciendo su crédito por el valor de adjudicación, o por el importe total de la deuda o, alternativamente, hace suyos los ingresos de la venta o el precio del remate. En todo caso, su crédito se ve satisfecho directa e inmediatamente con los bienes hipotecados, o con el efectivo recibido en sustitución de los mismos. Existe, pues, inmediatez respecto del bien. Si aceptásemos el concepto de inmediatez que maneja CERDEIRA, el único derecho real de garantía admisible sería la prenda posesoria, pues solo en esta tiene lugar el desplazamiento físico que daría al acreedor el «señorío parcial» sobre la cosa (*rectius*, la posesión), algo cada vez más ajeno a la realidad mercantil. Además, no podría afirmarse que el nudo propietario tiene un derecho real sobre el bien gravado con usufructo, puesto que el usufructuario es quien tiene el señorío directo sobre el bien, siendo incluso libre de arrendarlo a terceros.

Debemos concluir sin lugar a dudas que la hipoteca es un derecho real en cosa ajena. Partiendo de esta base, razonaremos por qué una CRE como la constituida en nuestro caso de estudio debe reputarse un derecho real de garantía, análogo a la hipoteca.

3. LA DOCTRINA DEL *NUMERUS APERTUS* EN LA CREACIÓN DE DERECHOS REALES

A) *Principio general*

Nuestra legislación positiva no habla en ningún momento de la CRE como derecho real. El Código civil menciona como derechos de garantía exclusivamente la hipoteca, la prenda y la anticresis. Por su parte, el artículo 569-1 CCCat cita el derecho de retención, la prenda, la anticresis y la hipoteca. Siguiendo a ROCA SASTRE, la mención en el artículo 2.2 LH a la posibilidad de inscribir «*otros cualesquiera [derechos] reales*» permite afirmar que en nuestro sistema rige una regla de *numerus apertus* que admite nuevos tipos de derechos reales que las necesidades jurídicas sobrevenidas puedan exigir¹⁹. La mayor parte de la doctrina es partidaria del *numerus apertus*, contraponiendo así el sistema español a otros ordenamientos como

el alemán o el suizo, o al propio Derecho romano, en los que existe un elenco tasado de derechos reales. No se debe, por tanto, circunscribir los derechos reales inscribibles a los enunciados en los apartados 1.º y 2.º del artículo 2 LH²⁰.

B) Distinción entre la CRE y otras figuras con eficacia obligacional

La RDGRN que comentamos asimila la CRE a la resolución de la venta por impago del precio aplazado *ex* artículo 1124 del Código civil. Por su parte, AZOFRA (*op. cit.*, 721-722) señala que el pacto resolutorio del 1504 del Código civil es «una especie del género del artículo 1124 del Código civil». Así lo entendió también la STS de 30 de abril de 1991.

Si examinamos los antecedentes históricos del artículo 1504 del Código civil, vemos que este procede en línea directa del artículo 1656 del Código Napoleón. RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 53 y sigs.) señala que, en los últimos días del Antiguo Régimen, los tribunales aplicaban en los contratos la llamada «cláusula resolutoria tácita». Según BORRICAND, los jueces consideraban que, pese al pacto comisorio expreso, seguía existiendo una facultad judicial de conceder nuevos plazos al deudor y rechazar la resolución, de suerte que el deudor podía pagar hasta el día de la sentencia²¹. El Código Napoleón buscó erradicar este fenómeno en su artículo 1656: «*Si se ha estipulado, en la venta de inmuebles, que, por falta de pago del precio en el término convenido, la venta quedará resuelta de pleno derecho, el adquirente puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto que no haya sido puesto en mora por un requerimiento; pero, después de este requerimiento, el juez no puede concederle plazo*». Como el lector habrá advertido, nuestro artículo 1504 del Código civil es prácticamente un calco del precepto napoleónico. Dada la finalidad de este, es difícil entender que la CRE pueda ser «del mismo género» que el artículo 1124 del Código civil. Bien al contrario, se trata de algo *sustancialmente* distinto del régimen general de resolución. Las similitudes entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil se reducen a que ambos tienen su presupuesto en el incumplimiento del deudor²². Pero las semejanzas acaban ahí, y las diferencias —siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS— son evidentes:

i) La moderación judicial es consustancial a la resolución *ex* artículo 1124 del Código civil. La posible confusión respecto a la posibilidad de moderación judicial en la CRE (generada por la expresión «*aun cuando se hubiera estipulado*» presente en el art. 1504 CC) debe interpretarse únicamente como la facultad del deudor de pagar *en tanto no haya sido formalmente requerido por el acreedor*, también *ex* artículo 1504 del Código civil.

ii) La resolución del artículo 1124 del Código civil requiere que estemos ante un incumplimiento grave y culpable (cfr., por todas, STS de 5 de mayo de 1953). La postura mayoritaria en la doctrina es que este (doble) requisito no se exige para la ejecución de la garantía prevista en el artículo 1504 del Código civil (si bien existen resoluciones en contrario, como las SSTs de 3 de junio y 16 de noviembre de 1993).

iii) Al analizar la acción nacida del artículo 1504 del Código civil, la STS de 1 de mayo de 1946 señala que la facultad genérica del artículo 1124 del Código civil «*se eleva de rango y categoría*». La acción nacida del artículo 1124 del Código civil tiene su *iter* procesal por la vía del juicio ordinario: será necesaria una sentencia que declare la resolución del contrato y la restitución del bien, sentencia que deberá ser ejecutada posteriormente²³. Por el contrario, para el pacto resolutorio del artículo 1504 del Código civil (siempre y cuando esté inscrito), el artículo 59 RH dispone que, acompañando el documento acreditativo de la notificación notarial o judicial de resolución de la venta, dirigida por el vendedor al comprador, se podrá verificar la nueva inscripción a favor del vendedor o su causahabiente, y todo ello de manera automática, o sea, sin necesidad de obtener el consentimiento del comprador ni de los posteriores adquirentes, ni resolución judicial. Este procedimiento es incluso más rápido y drástico que la ejecución hipotecaria, con las dilaciones y gastos que siempre lleva consigo. En nuestro caso, el comprador además ha renunciado *ex ante* a oponerse a la resolución. Todo esto otorga al vendedor un poder de agresión sobre el bien superior al de cualquiera de los demás derechos reales *in re aliena* (incluida la hipoteca, en la cual el demandado necesariamente debe poder oponer las excepciones previstas en el art. 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

AZOFRA (*op. cit.*, 722) señala que existen figuras que cumplen una función de garantía (v.g. las arras o la retención del precio), y que no por ello tienen la condición de derechos reales, ni pasan a ser garantías reales con su inscripción. A ello debemos objetar que ni las arras, ni la retención del precio (ni tampoco la «condición resolutoria tácita» del art. 1124 CC) confieren *directamente* y por sí mismas poder alguno sobre bienes inmuebles concretos: en todas estas figuras están ausentes las notas de *inherencia*, *reipersecutoriedad* y *exclusividad* respecto del bien, propias de los derechos reales —con distintos matices dependiendo del derecho real en cuestión—²⁴. Todos estos elementos están presentes en la CRE nacida *ex* artículos 1504 del Código civil, 11 LH y 59 RH. La CRE tutela la influencia directa e inmediata de la cosa sin intervención de otra persona, mientras que las figuras antes citadas permanecen en el plano de la vinculación personal, sin dar acceso directo a los bienes²⁵. Al contrario que la CRE inscrita, el artículo 1124 del Código civil no confiere al acreedor reipersecutoriedad sobre el inmueble si el mismo se vende a terceros. Aquella se trata, en palabras de

la DGRN, de «*un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el adquirente de su obligación de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo*» (RDGRN de 29 de abril de 2014). Cuando la DGRN ha negado a la CRE el carácter de derecho real (Resolución de 17 de enero de 1933) lo ha hecho porque «*la cosa vendida no queda especialmente ni de modo directo afecta al pago del precio aplazado, ni aquella puede perseguirse eficazmente contra cualquier tercer poseedor*». Afirmación esta que resulta sorprendente, ya que la CRE inscrita sí otorga reipersecutoriedad sobre el inmueble. Decae así la única razón que, según la citada RDGRN, impediría considerar a la CRE un derecho real. Siguiendo a RODRÍGUEZ ADRADOS (de los pocos autores que se alinean con la tesis del derecho real), la Resolución de 1933 «*en el fondo viene a reconocer [que la CRE es un derecho real], aunque terminantemente lo niegue, ya que produce efectos erga omnes y se ejerce directa e inmediatamente sobre la cosa misma, cualquiera que sea su poseedor*».

Se me ocurren pocos casos, más allá de aquellos en los que el derecho real va unido a la posesión del bien (v.g., la prenda con desplazamiento), en los que exista una mayor inmediatez sobre el bien afecto, por el poder de autotutela registral que la CRE otorga al acreedor. Cuando un vendedor enajena su vivienda por un precio aplazado (no garantizado con CRE) se convierte en acreedor del dinero o del inmueble, pero no los puede tomar directamente del patrimonio del comprador. Tampoco tiene este poder el comprador que entrega unas arras al vendedor como pago a cuenta del precio. Ambos deben esperar a que su contraparte le entregue lo debido, ya sea de forma voluntaria (*autocomposición*) u obligado por los tribunales (*heterocomposición*). Por el contrario, al igual que sucede en la hipoteca, la CRE inscrita permite al acreedor recuperar directamente el bien, conforme a un procedimiento reglado (arts. 37. 1.º, 107.10.º y 142 LH, y 175 y 239 RH). Sostener que la CRE es una simple convención accesorio a un contrato de compraventa equivale a afirmar que la hipoteca no es un derecho real, sino una convención accesorio a un contrato de préstamo. Afirmación que, como se ha razonado, carecería de fundamento.

C) *El efecto de las arras penales*

Ya hemos aclarado que el pago del precio aplazado no es una obligación sujeta a condición. Si además media un pacto de arras penales como el de nuestro caso de estudio, resulta incluso discutible que estemos ante una facultad resolutoria, ya que la cláusula penal supone una excepción a la restitución de prestaciones, y los efectos del ejercicio de la CRE no serían

ex tunc, como es propio de la resolución contractual. Recordemos que la resolución del contrato por la vía del artículo 1124 del Código civil extingue la relación contraída no solo para el futuro, sino de forma retroactiva, con el deber de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones: el comprador debe entregar el objeto de la compraventa, y el vendedor debe devolver las cantidades abonadas por el comprador (o indemnizar los daños y perjuicios si el bien se hubiera vendido a ulteriores adquirentes de buena fe). La alteración de la regla de reciprocidad en la restitución de prestaciones es un elemento añadido para considerar que la CRE de nuestro caso es algo distinto de «la facultad resolutoria del artículo 1124 dotada de efectos *erga omnes*».

La eficacia de la CRE frente a terceros, combinada con el pacto de arras penales y la renuncia a acciones y excepciones procesales, configuran una realidad que trasciende al fenómeno resolutorio, con sustancia propia para ser considerada un derecho real de garantía. Consigue un efecto similar al que acontece cuando, ante un incumplimiento en los pagos por parte del arrendatario financiero, el arrendador financiero opta por la resolución, reteniendo la propiedad, así como las cuotas pagadas, situación que fue criticada por GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS pero que le sirvió de argumento (entre otros) para calificar al *leasing* inmobiliario de garantía real²⁶. Paradójicamente, con el cambio de doctrina sobre consignación de cantidades y admitiendo la renuncia *ex ante* del deudor a la oposición, la DGRN refuerza las notas de inherencia, preferencia y exclusividad de la CRE. En otras palabras, consolida su naturaleza de derecho real.

En resumen: la doctrina del *numerus apertus* en sede de derechos reales permite articular una modalidad de derecho real de garantía partiendo de los artículos 1504 del Código civil, 11 LH y 59 RH. Su denominación más correcta, a mi modo de ver, y como he adelantado en la introducción, es la de «derecho real de comiso», y ello con independencia de que se pacte o no una cláusula penal y por tanto de que sea o no obligatoria la consignación de cantidades («*commisum*» en latín significa «confiscación», que describe de forma muy gráfica el mecanismo previsto en el art. 59 RH). En lo sucesivo usaré el término «derecho real de comiso», indistintamente a las siglas «CRE».

4. EL ENFOQUE «REALISTA» DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RESPECTO DE LA CRE

Nuestro sistema jurídico tiene (todavía) una fuerte base anti-nominalista. El Derecho español está inspirado en todos sus campos por principios «realistas»²⁷. En el Derecho privado, el núcleo irradiador de realismo es la

teoría de la causa, que tiene su corolario en la *irrelevancia del nomen iuris*. Tras este principio subyace la idea de que las cosas y las acciones humanas tienen un fin o *causa final*, más allá de los nombres que circunstancialmente puedan recibir.

A) *Tributación en ITP-AJD*

El Derecho fiscal a veces puede llegar a ser una herramienta para dilucidar la esencia de los actos propios del Derecho privado, en cuanto a sus efectos en la esfera patrimonial de las partes. En el ámbito tributario, el principio de irrelevancia del *nomen iuris* despliega sus efectos como en ninguna otra disciplina, salvo quizá el Derecho del trabajo. Los artículos 7.1 y 8 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados establecen como hecho imponible «*la constitución de derechos reales*», sin mayor especificación. A su vez, el artículo 7.3 del Texto Refundido dispone que «*Las condiciones resolutorias explícitas de las compraventas a que se refiere el artículo 11 de la Ley Hipotecaria se equiparán a las hipotecas que garanticen el pago del precio aplazado con la misma finca vendida*».

La STS (Sala III, de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de febrero de 2015 declaró que «*solo quedan sujetas a tributación [por ITP-AJD] las condiciones resolutorias explícitas a las que hace referencia el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, no cualquier otro tipo de condición resolutoria, pues este tipo de condiciones resolutorias explícitas en garantía del precio se realizan en favor del vendedor, asimilándose a estos efectos a un derecho real de hipoteca, por lo que resultan inscribibles, teniendo un objeto valuable, el precio aplazado cuyo cumplimiento permite al vendedor ejercitar la acción para recuperar la cosa frente a cualquier titular registral, a diferencia de las condiciones que puedan acordarse en favor del comprador que los contratantes puedan pactar en sus contratos, que por su propia naturaleza no constituyen convención independiente, ni resultan inscribibles por su falta de oponibilidad a tercero*».

No están sujetas en ITP-AJD ninguna de las siguientes condiciones, con independencia de que se inscriban o no en el Registro de la Propiedad:

i) La «condición» suspensiva *en favor del vendedor*, consistente en la no transmisión del dominio en tanto no se verifique un hecho determinado (i.e. el pago del precio aplazado)²⁸. Estaremos ante una reserva de dominio, que en sí misma no supone un hecho imponible. El tratamiento del negocio jurídico en ITP-AJD es el siguiente: (a) el impuesto en la modalidad de TPO no se devenga hasta que se cumple la condición suspensiva, pues el TPO

grava el desplazamiento patrimonial de bienes y derechos, y este solo tiene lugar con el pago del precio (STS, Sala III, de 20 de junio de 2016); (b) el impuesto en la modalidad de AJD se devenga con el otorgamiento de la escritura (el AJD es eminentemente *formal*, i.e., el hecho imponible no es el acto o contrato, sino su documentación —es decir, el propio documento—), y siempre y cuando se trate de una transmisión sujeta y no exenta en IVA (AJD y el TPO son incompatibles).

ii) La condición suspensiva *en favor del comprador* por la cual la compraventa no se entiende consumada en tanto no tiene lugar un hecho determinado (v.g. la cancelación de determinadas cargas, o la obtención de los permisos necesarios para transmitir el bien).

iii) La condición resolutoria explícita pactada en la escritura de compraventa *en favor del comprador*. Pensemos en las ventas realizadas por personas que a su vez han adquirido los bienes por herencia o legado sin ser herederos forzosos del causante (art. 28 LH). En estos casos, no es infrecuente (y desde luego es recomendable para el comprador) pactar una facultad unilateral del comprador de resolver la compraventa si, dentro de los 2 años siguientes a la muerte del causante, algún tercero con apariencia de buen derecho promoviese demanda civil reclamando para sí la propiedad de la finca, o interesando la nulidad o rescisión del título del vendedor. Esta facultad resolutoria a favor del vendedor no constituye hecho imponible en ITP-AJD.

Como vemos, la *única* «condición» que queda sujeta a ITP-AJD en la modalidad AJD²⁹ es la llamada «resolutoria explícita» a favor del vendedor, en garantía del precio aplazado. Y ello por considerarse una «*convención independiente de la compraventa; asimilable a un derecho real de hipoteca*», según el Tribunal Supremo. Se cumple así la máxima de que las cosas son lo que son, y no lo que las partes dicen³⁰. La legislación tributaria identifica claramente en la CRE un derecho autónomo análogo a la hipoteca: el derecho real de comiso.

B) Privilegio especial en el concurso de acreedores

La Ley Concursal (art. 270. 4.º) incluye entre los créditos con privilegio especial aquellos «*por contratos [...] de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de [los vendedores] sobre los bienes [...] vendidos con condición resolutoria en caso de falta de pago*». El artículo 271 se refiere implícitamente a la condición resolutoria como «garantía».

Su inclusión en la lista de privilegios especiales no convierte por sí misma a la CRE en derecho real (la lista incluye figuras como las reservas de dominio y las prohibiciones de disponer, que no son derechos reales). Sin

embargo, es un elemento adicional a tener en cuenta en nuestro análisis, ya que refuerza la nota de preferencia (que, junto con la reipersecutoriedad, conforma la «absolutividad» de los derechos reales). Nótese que, si la prenda sin desplazamiento es un derecho real y no personal, es exclusivamente porque confiere un privilegio especial al acreedor en caso de concurso del poseedor: en cualquier otro escenario la PSD no otorga reipersecutoriedad sobre los bienes gravados.

5. ACCESORIEDAD E INDIVISIBILIDAD DE LA CRE

El derecho real de comiso comparte las dos notas distintivas de los derechos reales de garantía: es *sustantivamente* accesorio y *naturalmente* indivisible.

A) *Accesoriedad respecto del crédito por el precio aplazado*

El derecho de comiso es accesorio al crédito: el comprador puede solicitar del vendedor su cancelación una vez abonada la totalidad del precio (o exigirla en juicio ordinario, conforme al artículo 82 LH). De igual modo, si el vendedor cede o pignora sus derechos de crédito bajo el contrato de compraventa, el cesionario (o el pignorante, en caso de ejecución de la prenda) está legitimado para resolver la compraventa ante el impago del comprador: la «condición resolutoria» *viaja* con el crédito garantizado —cfr. STS de 6 de marzo de 2003—. La cesión del crédito y de la CRE a nombre del cesionario son inscribibles, como admitieron las RRDGRN de 17 de enero de 1933 y de 3 y 6 de diciembre de 1986 y la STS de 23 de octubre de 1934. El ejercicio de la CRE por el cesionario del crédito no supondrá enriquecimiento injusto, como no lo supone el cobro de una deuda por quien ha comprado el crédito a descuento (cfr. SAP Valencia de 30 de noviembre de 2016)³¹.

B) *Indivisibilidad en los mismos términos que la hipoteca*

El derecho de comiso es indivisible. Lo dispuesto en los artículos 1860 del Código civil y 122 LH es extrapolable a la CRE: el comprador que ha pagado parte del precio no puede pedir que se extinga proporcionalmente la CRE mientras el precio aplazado no haya sido satisfecho por completo. También se verifica la excepción a la regla (art. 124 LH para la hipoteca): cuando sean varias las fincas gravadas por el derecho de comiso, con ex-

presión de la porción del precio garantizado por cada una de ellas (en lo que supone una suerte de distribución de la responsabilidad hipotecaria), el comprador podrá exigir que el derecho de comiso se extinga a medida que satisfaga la parte de deuda de que responde cada finca. Además, siguiendo ROVIRA JAÉN (*op. cit.*, 1686), como la CRE se establece para garantizar una obligación individual entre un vendedor y un comprador, este último no puede fraccionar su deuda cediéndola a distintas personas, transformando la deuda unipersonal en deuda mancomunada, si no es con el consentimiento del vendedor, por aplicación de los artículos 1205 y 1149 del Código civil: al igual que sucede con la hipoteca, se precisa el consentimiento del acreedor para que la división de la finca pueda llegar a afectarle.

6. LA PROGRESIVA EQUIPARACIÓN DE LA CRE Y LA HIPOTECA EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y LA DOCTRINA DE LA DGRN

A) *La reforma de la LH de 1944-1946*

El RH califica a la CRE de garantía real (art. 13), y, de la lectura de su artículo 51 (regla 6.^a) se desprende, *contrario sensu*, que la CRE tiene trascendencia real. El artículo 11 LH señala: «*La expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. En ambos casos, si el precio aplazado se refiere a la transmisión de dos o más fincas, se determinará el correspondiente a cada una de ellas*». Hasta la reforma de la LH operada entre los años 1944 y 1946, el aplazamiento del precio producía efectos reales si constaba en el Registro. La generalidad de la doctrina que estudió la Ley Hipotecaria de 1909 entendió que la mención a la forma en que se hubiere convenido el pago del precio tenía por sí misma efectos frente a terceros, al analizar conjuntamente los artículos 10, 38-2.º y 37-1.º de la ley³² (ROVIRA JAÉN, *op. cit.*, 1675). Así, la simple mención del aplazamiento del pago comportaba la publicidad de la causa de la acción resolutoria. El artículo 11 de la «nueva» LH niega tales efectos *erga omnes*, salvo si el pago aplazado se garantiza con hipoteca o mediante «condición resolutoria explícita». Como vemos, existe una clara vinculación entre ambas figuras (que justifica su tratamiento análogo en sede tributaria y concursal): la LH reconoce en ambas un *plus* respecto de las consecuencias obligacionales del aplazamiento del pago. Con la hipoteca y la CRE, la obligación de pagar el precio aplazado experimenta algo parecido a la *Verkörperung* del Derecho cambiario, al quedar *incorporada* al inmueble.

B) *La reforma de 2015*

El artículo 82 LH, en su redacción dada por la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluye una regulación similar de la hipoteca y la CRE en cuanto a su cancelación «*cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos las partes hubieran estipulado al tiempo de su constitución*». Pues bien, tras la reforma de la LH operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el apartado octavo del artículo 210 LH describe la CRE y la hipoteca como «*formas de garantía con efectos reales*», y establece un plazo de caducidad idéntico para ambas. Así pues, desde 2015, ambas garantías pueden cancelarse a instancia de cualquier interesado, si han transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada. No es casualidad que dicho plazo sea el mismo que el de prescripción de la acción hipotecaria establecido en el artículo 1964.1.º del Código civil.

Hay que tener en cuenta que una de las razones por las que la doctrina tradicionalmente sostuvo que la CRE no es un derecho real era porque se solía considerar que generaba una *acción personal* contra el deudor: la opinión mayoritaria era que la acción para pedir la resolución prescribía a los quince años que el artículo 1964.2.º del Código civil preveía para las acciones personales (ahora de cinco años). No obstante, ya en los años sesenta algunas voces consideraron que la acción nacida de la CRE era una acción real, y no personal como la del artículo 1124 del Código civil. Por ejemplo, RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 61-62) apuntaba: «*bien es conocida la diferenciación entre la [...] acción de resolución del artículo 1124 del Código civil, personal, [...], y la [...] de carácter real, del artículo 1504*». En mi opinión, la reforma de 2015 inclina la balanza a favor de la tesis de la acción real, al reconocer a la CRE un plazo de caducidad de veinte años, igual que para la hipoteca. Si cohonestamos este plazo con el artículo 82 LH (citado *supra*), debemos concluir inequívocamente que el *plazo señalado en la legislación civil para la prescripción de la acción derivada* de la CRE es el mismo de la acción hipotecaria. Lo contrario supondría desligar el plazo de prescripción de la acción del plazo de caducidad del asiento, de modo que este último sería quince años más extenso que el primero para la CRE, aunque sí coincidirían para la hipoteca. Una situación que a todas luces carecería de sentido.

Así las cosas, deben entenderse desfasadas las RRDGRN citadas por la resolución comentada para defender la naturaleza personal de la acción resolutoria (todas ellas anteriores a 2015), así como la también citada STS (Sala III) de 31 de enero de 2001.

Por último, como señala GÓMEZ GÁLLIGO (*op. cit.*, 2493), hasta la RDGRN de 5 de febrero de 1990 no estuvo claro que la CRE pudiera extenderse a los intereses. La RDGRN de 16 de septiembre de 1987 había establecido que la excepción que el artículo 1504 del Código civil supone a la prohibición del pacto comisorio solo está justificada para garantizar el pago del principal, y que la única forma de asegurar prestaciones accesorias al pago del precio aplazado era constituir una hipoteca, «*en tanto que cualquier obligación lícita puede ser garantizada por hipoteca (art. 1861 CC)*». Con su resolución de 1990 (y con la aquí comentada), se consolida otro paralelismo entre la CRE y la hipoteca: la posibilidad de garantizar prestaciones accesorias a la obligación principal (en este caso, los intereses de demora).

7. LA DINÁMICA DE LOS DERECHOS REALES PRESENTE EN LA CRE

Hemos analizado cómo el poder de agresión sobre el inmueble que la CRE concede al acreedor es aún más fuerte que el de la hipoteca (especialmente cuando se combina con una cláusula penal, pero no solo). Desde el punto de vista registral, la CRE también sigue la dinámica de los derechos reales. Así se deduce del artículo 11 LH, que la equipara a la hipoteca en cuanto a su finalidad y efectos frente a terceros. El mismo artículo exige la determinación de la cantidad garantizada por finca cuando la inscripción afecta a varios inmuebles. Por su parte, el artículo 142 LH confiere a la CRE inscrita con anterioridad a una hipoteca un verdadero rango preferente respecto de aquella: «*Si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición*». Lo mismo se deduce de la posibilidad de posponer el rango de la CRE (cfr. RDGRN de 25 de octubre de 1979, citada *supra*, que admite la posposición de una CRE a una hipoteca futura). Para RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*, 94), esto entronca a la CRE con los derechos reales, al quedar aquella sujeta a los principios hipotecarios, incluidos los principios de prioridad y preclusión que sustentan la noción de «rango». ROVIRA JAÉN, citando a don JERÓNIMO GONZÁLEZ³³, destaca que el «rango» tiene un valor económico inherente (que decrece por el número de inscripciones contrarias que le preceden). Este valor económico es la autonomía patrimonial propia de los derechos reales, que les otorga sustantividad dentro de la esfera del titular, y de la cual carecen por sí mismas las cargas reales (v.g. las anotaciones de embargo). Se trata, en suma, del contenido valuable que determina la tributación en ITP-AJD. El propio ROVIRA JAÉN parece reconocer implícitamente a la CRE el carácter de derecho al justificar la posibilidad

de posponer su rango: *«la posposición es un contrato por el cual el titular de un derecho abdica a la prioridad que le corresponde en relación a otro u otros derechos que le siguen. Al igual que en la hipoteca, ello es posible en la condición resolutoria por el principio de la autonomía de la voluntad, basándose en que quien puede renunciar a un derecho real, que es lo más, puede también lo menos, que es ceder en la colisión con otro derecho»*.

Conclusión parecida se extrae de la purga de las cargas posteriores tras el ejercicio de la condición resolutoria (v.g., la cancelación de las hipotecas de rango posterior prevista en el artículo 107.7.º LH, o la titularidad de adquirentes posteriores). Según AZOFRA, esto no convierte a la CRE en un derecho real, sino más bien lo que sucede es que los principios del Derecho registral otorgan a la CRE una protección como *«la que disfruta cualquier otro título inscrito (una compraventa, un arrendamiento, una donación, etc.)»*. No comparto este argumento: dos de los ejemplos citados son, precisamente, títulos de propiedad (la compraventa y la donación), y es discutida la naturaleza del arrendamiento como derecho real³⁴. Prosigue este autor: *«en ausencia de inscripción de la CRE, el vendedor “no puede dirigirse contra los terceros que hayan accedido al Registro, y cuyo título trae causa del título del comprador, al conservar esos terceros la protección que dispensa, con carácter general, la fe pública registral (STS de 17 de diciembre de 2007)”»*. Siendo esto cierto, también lo es respecto de literalmente todos los derechos reales: en una doble venta, la escritura de compraventa no inscrita es inoponible a quien haya adquirido el bien con posterioridad pero haya inscrito su derecho en el Registro (siempre y cuando concurran en el segundo comprador los requisitos del art. 34 LH). Por otra parte, en algunos derechos reales la inscripción es constitutiva (v.g. la hipoteca —art. 1875 CC— o el derecho de superficie —art. 53.2 del texto refundido de la Ley del Suelo— es decir, *no existen* en tanto no son objeto de inscripción).

Por último, hay que destacar que la CRE tiene efectos similares a la opción de compra inscrita (si bien la causa de la primera es la garantía del precio aplazado, y la de la segunda, la transmisión de la propiedad). La DGRN ha aceptado que la opción de compra tiene la naturaleza de derecho real en las RRDGRN de 27 de marzo de 1947, 4 de diciembre de 1953, 13 de diciembre de 1955, 7 de septiembre de 1982 y 29 de enero de 1986.

8. EL PACTO DE *LEX COMMISSORIA* NO ES INCOMPATIBLE CON LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA

Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre derechos reales de garantía (como la hipoteca o la prenda), por un lado, y la CRE, por otro, que sería *«un medio de garantía de eficacia real»* o cualquiera de las construccio-

nes semánticas a las que aludíamos al principio de este trabajo. Aunque no lo menciona explícitamente, ROVIRA JAÉN parece situar la diferencia en que la CRE, en lugar de realizar el valor del bien, conlleva la readquisición de la finca por su titular, en caso de impago de la deuda. Por esta razón, la CRE se distingue de los derechos reales de garantía, al no quedar sujeta a la prohibición del pacto comisorio. Este argumento es también utilizado por AZOFRA en su artículo.

Es evidente que el artículo 59 RH entraña un pacto comisorio (razón por la que, como he dicho, considero que la denominación más adecuada para la CRE es la de «derecho real de comiso»). Este pacto comisorio, particularmente evidente cuando las partes fijan una cláusula penal, no afecta a la clasificación de la CRE (*rectius*, del derecho real de comiso) como *ius in re aliena*, por los siguientes motivos:

i) La prohibición del comiso (art. 1859 CC) no opera para *todos* los derechos de garantía. Dentro de las prendas existen excepciones: me refiero a las garantías financieras constituidas al amparo del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la función pública. Estas garantías recaen sobre dinero o valores fungibles, lo que las convierte en una sub-especie de *pignus irregulare*, que permiten al acreedor cobrar su crédito hasta el importe de la deuda mediante la apropiación del objeto de la garantía. Sobre las garantías financieras, recientemente la RDGRN de 28 de enero de 2020 ha señalado: «Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si [la] valoración objetiva se ha producido». Este mecanismo de apropiación del objeto de la garantía no impide considerar derechos reales a las garantías financieras del RDL 5/2005 y, por tanto, no puede servir de base a la tesis obligacionista respecto de la CRE.

ii) El pacto del que habla el artículo 1504 del Código civil ha sido tradicionalmente tenido por lícito desde el Derecho romano hasta nuestros días, lo consideremos o no un pacto de *lex commissoria* (cfr. ROVIRA JAÉN, *op. cit.*, 362). La razón no es que, como sostienen algunos autores (cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, *op. cit.*) el comiso sí esté permitido en la compraventa y no en los derechos reales de garantía: la RDGRN de 28 de enero de 2020 ha establecido que la «ratio» de la prohibición «no es sino asegurar, en los términos ya indicados, la conmutatividad de contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución». Por su parte, la STS de 21 de febrero de 2017 justifica la inadmisión del pacto comisorio

por la inexistencia en el caso concreto de un «*procedimiento objetivable de valoración de la adquisición*», lo que (citando de nuevo a la DGRN), «*da a entender que, de existir ese mecanismo de valoración objetiva del bien inmueble objeto de la garantía, el pacto podría haber sido admisible*». Para dilucidar los motivos de la prohibición general del comiso en las hipotecas, hay que recurrir al análisis económico del Derecho. Y es que en los préstamos hipotecarios puede (y suele) suceder que se financia solo parte del precio de compra y, por tanto, que la deuda contraída con el acreedor sea inferior al valor de mercado del bien. Lo que se pretende evitar, en última instancia, es el enriquecimiento injusto del comprador-prestamista y el desvalijamiento (*Ausplünderung*) del patrimonio del deudor-vendedor: la hipoteca suele estar vinculada al préstamo mutuo, donde existe, en abstracto, el riesgo mencionado³⁵. Por el contrario, en compraventas como la de nuestro supuesto no se justificaría la prohibición, pues se trata de transacciones realizadas a *valor de mercado* entre partes independientes: la «*valoración objetiva*» del inmueble de la que nos habla el Tribunal Supremo ya se ha producido de común acuerdo entre ambas partes, en el proceso de formación del precio. No hay necesidad, por tanto, de que el deudor preste un nuevo consentimiento *ex intervallo* como sucede en la dación en pago de bienes hipotecados.

iii) Cuando el comprador ha entregado parte del precio al vendedor, y queda garantizado el precio aplazado, los riesgos que el comiso podría conllevar desaparecen si las partes pactan una cláusula penal por importe de la parte del precio entregada al vendedor. Cualquier tercero podrá saber, antes de conceder al comprador un préstamo con garantía sobre el inmueble, que, hasta que no se abone íntegramente el precio de compra, se expone a perder la garantía, sin que el vendedor deba consignar cantidad alguna para su repago. La RDGRN de 6 de febrero de 1990, con un «*elogiable sentido práctico*» (JORDANO FRAGA)³⁶, declaró inscribible la cláusula penal por afectar directamente a los derechos de terceros. Su inscripción se hace precisamente en aras de «*la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9. 2.º LH y 51. 6.º RH)*». En ausencia de cláusula penal, el artículo 175 RH (regla 6.ª) ya prevé la consignación de la parte del precio recibido por el acreedor en una entidad bancaria o Caja (para el pago a los titulares de cargas posteriores sobre el activo, que ven las mismas canceladas). De esta forma, la prohibición del pacto de *lex commissoria* carece de sentido para la CRE.

En síntesis: la CRE es un derecho real (derecho de comiso) que garantiza una deuda pecuniaria. Se trata de una «convención independiente» al contrato de compraventa, con objeto valuable, como ha declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Es un derecho análogo a la hipoteca, de la que se distingue exclusivamente en tres aspectos: (a) por el pacto de *lex commissoria* intrínseco

a la CRE (con o sin consignación de cantidades, en función de que se pacten o no arras penales); (b) por el automatismo registral en la reinscripción del bien a favor del acreedor en el derecho de comiso, según el procedimiento del artículo 59 RH, frente a las fórmulas heterocompositivas propias de la hipoteca; y (c) por la naturaleza del requerimiento al deudor *ex* artículo 1504 del Código civil, que no necesariamente debe ser de pago como sucede en la hipoteca, sino que puede constituir una declaración unilateral de resolución del derecho del comprador frente al incumplimiento de la obligación garantizada. El comprador deberá acudir a un procedimiento declarativo en caso de no estar conforme con la resolución, mientras que, en la hipoteca, el incidente de oposición tiene lugar en el marco de la ejecución.

9. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE COMISO: ¿DECLARATIVA O CONSTITUTIVA?

DÍEZ PICAZO señala que, «*respecto de aquellos derechos reales in re aliena en los que la inscripción no es constitutiva resulta posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, que quedaría limitada a las partes de la relación jurídica (por ejemplo, usufructo, servidumbres, etc.)*»³⁷. Coincido con esta afirmación, con base en la cual se podría concluir que el comiso es un derecho real de inscripción puramente declarativa ya que, aun en caso de su cancelación registral, subsiste la potestad del vendedor-acreedor de resolver la compraventa por falta de pago. Su nacimiento se situaría, según este criterio, en la elevación a público de la compraventa sujeta a CRE, cuando el bien cambia de titular. Sin embargo, tal conclusión no sería acertada: el artículo 1504 del Código civil se distingue de la resolución del 1124 del Código civil por las razones que hemos expuesto en el epígrafe 3, pero no es por sí misma un *derecho* como puedan ser el usufructo o la servidumbre, sino una *facultad* resolutoria.

La doctrina civilista ha entendido las facultades jurídicas como emanaciones del derecho subjetivo y parte integrante de su contenido. Por ejemplo, desahuciar al arrendatario que no paga la renta es una facultad del derecho de propiedad del arrendador. Optar entre efectivo y acciones en un programa de dividendo electivo es una facultad integrante del derecho al dividendo de los socios de una sociedad anónima³⁸. Del mismo modo, la facultad de dejar sin efecto una compraventa (ya sea mediante la resolución pactada expresamente *ex* art. 1504 CC —y no inscrita— o mediante la resolución por incumplimiento del art. 1124 CC) resulta del *derecho de crédito* que el vendedor tiene frente al comprador por el precio aplazado. Su correlato procesal es la *acción* resolutoria, que por sí misma es una acción personal del acreedor frente al deudor.

Por el contrario, el derecho de comiso adquiere su carácter de derecho real mediante la inscripción. Con esta, deja de ser una mera manifestación del sinalagma de un contrato oneroso para transformarse en una garantía *erga omnes* que afecta directamente un bien concreto al pago de una cantidad dineraria (incluso con una cobertura por intereses devengados por el impago, «a efectos hipotecarios»). La inscripción otorga al vendedor la reipersecutoriedad sobre el bien afecto, así como el poder de autotutela *ex* artículo 59 RH. También convierte lo que de otra manera sería una acción personal (con su consiguiente plazo de prescripción de 5 años) en una acción real análoga a la acción hipotecaria, con un plazo de prescripción (art. 82 LH) y de caducidad (art. 210 LH) de veinte años. Frente a lo que sostiene la DGRN en su resolución («la inscripción no posee un efecto *taumatúrgico* de convertir en real lo *personab*»), resulta más bien que todas las especialidades de la CRE respecto de la facultad resolutoria nacen con la inscripción. Exactamente lo mismo sucede con la hipoteca: solo una vez inscrita se convierte en derecho subjetivo autónomo. De otro modo, lo único que tiene el acreedor es una acción personal: una facultad de señalar bienes concretos dentro del patrimonio del deudor para cobrar su crédito en una ejecución ordinaria, pero sin los beneficios de inmediatividad y preferencia sobre dichos bienes. En los términos usados por DÍEZ PICAZO (*op. cit.*), con la cancelación de la hipoteca «no subsiste la relación jurídica anotada», pues el acreedor pasa de ostentar un auténtico derecho subjetivo a una facultad *ope legis* derivada de un derecho de crédito (si es que este subsiste a la cancelación). La acción (reflejo procesal de las realidades de derecho privado) pasa de ser real a personal.

Hay que tener en cuenta, además, que la doctrina científica que considera que la opción de compra es un derecho real suele situar el nacimiento del derecho en la inscripción³⁹ (como hemos dicho, la opción de compra comparte elementos con el derecho de comiso).

Por todo lo expuesto, parece más apropiado situar el nacimiento del derecho real de comiso como derecho real en el momento de la inscripción *ex* artículos 37 LH y 13 RH. Su tratamiento es, así, consistente con el de la hipoteca, con la que comparte *causa garantiae*.

IV. APLICABILIDAD DE LA LEY CATALANA AL DERECHO DE COMISO SOBRE INMUEBLES SITUADOS EN CATALUÑA

1. NORMA DE CONFLICTO Y PUNTO DE CONEXIÓN

La RDGRN cita la STC 156/1993 para recordar que las normas de resolución de los conflictos de leyes corresponden al Estado. Estamos com-

pletamente de acuerdo: tratándose de un derecho real de comiso, la norma de conflicto es el artículo 10.1 del Código civil, de carácter estatal. Señala igualmente que la Constitución española excluyó que las comunidades autónomas pudieran establecer regímenes particulares para la resolución de los conflictos de leyes *«ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general, ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión»*. Lo cierto es que el legislador catalán no ha alterado ningún punto de conexión: el artículo 621-54 CCCat es aplicable a los derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en Cataluña (*lex rei sitae*, ex art. 10.1 CC), no sobre los situados en ningún otro lugar del Estado. La DGRN, para establecer un punto de conexión con el Derecho común, señala que *«una parte relevante de la cartera de inmuebles objeto de la compraventa radican en territorios sin derecho civil autonómico propio»*. Esto debería ser irrelevante: ninguno de los operadores jurídicos que han aplicado el Derecho catalán (el registrador de Granollers, la registradora sustituta y la DGDEJ) lo han hecho extensivo a ninguno de los inmuebles situados fuera de Cataluña: la cuestión que se dirime no guarda relación con dicha porción de la cartera, sino con dos fincas registrales concretas. El único punto de conexión que nos interesa es el que existe entre estas dos fincas y la ley aplicable en Cataluña.

2. CARÁCTER TERRITORIAL DEL DERECHO CATALÁN

El artículo 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (que forma parte del «bloque de constitucionalidad» —cfr. STC 38/1983 y, más recientemente, la de 7 de julio de 2016—) establece que *«Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad»*. El apartado primero del artículo 111-13 CCCat señala que: *«El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad»*⁴⁰. El artículo 111-4 CCCat dispone que dicho código *«constituye el derecho común en Cataluña»*, siendo el del Código civil de aplicación supletoria. El artículo 111-5 CCCat añade que las disposiciones del código se aplican con preferencia a cualesquiera otras.

La doctrina también ha señalado que el Derecho foral catalán es de *base territorial*, no personal (esto es, rige con independencia de que las partes involucradas tengan o no vecindad civil catalana, sin perjuicio de que también pueda gobernar relaciones fuera del territorio de Cataluña en función

del estatuto personal de las partes implicadas)⁴¹. La DGRN no ha tenido reparo en admitir la territorialidad del Derecho común, en las regiones «de Derecho común»: en la Resolución de 18 de octubre de 1994, en una venta con pacto de retro en que todas las partes implicadas tenían vecindad civil navarra (y reproducían las Leyes 475 y sigs. de la Compilación navarra), señaló: «*Ante todo debe puntualizarse que por tratarse de una cuestión referente a un pretendido derecho real sobre bien inmueble situado en territorio de derecho común, la legislación aplicable será la del Código civil, cualquiera que sea la vecindad de los otorgantes y el lugar de formalización documental del negocio cuestionado y sin que quepa admitir una eventual sujeción del negocio a una ley distinta*». Aun cuando nuestra RDGRN considera «*indefendible*» el criterio de territorialidad del Derecho civil de Cataluña, lo cierto es que dicho criterio no puede ser más claro si atendemos a las normas que, desde inicio de este siglo, han dado forma a las instituciones jurídicas catalanas. Que estas se ajusten o no a los «*principios inspiradores del moderno derecho contractual europeo*» (DGRN dixit) es una cuestión de orden casi metajurídico, que no puede amparar contravenciones de las leyes catalanas.

3. CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 621-54 CCCAT

La RDGRN cita el principio de exclusión voluntaria del Derecho civil catalán, recogido en el artículo 111-6 CCCat. Tal exclusión es posible (según el precepto citado) «*a menos que [las leyes catalanas] establezcan expresamente su imperatividad o que esta se deduzca necesariamente de su contenido*». Es llamativa la afirmación que a renglón seguido hace la DGRN: «*para que [el art. 621-54 CCCat] pudiera ser considerado «ius cogens», dicha imperatividad debería hacerse constar expresamente en el mismo o deducirse de su contenido, lo cual no es el caso*». Dejando a un lado que las normas, por lo general, no suelen hacer constar su imperatividad de forma expresa, no puede sostenerse razonablemente que dicho carácter imperativo no se deduzca del precepto. Los mandatos del artículo 621-54 CCCat sugieren una clara obligatoriedad en todo el ámbito de aplicación del CCCat. En el artículo encontramos expresiones como «*...siempre y cuando haya requerido previamente al comprador...*», «*Si el pacto de condición resolutoria se ha formalizado en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplican a la resolución los preceptos del presente artículo*», «*El pacto debe prever...*», «*Si se han pactado intereses, la escritura debe incorporar...*», «*El tipo de interés debe ser fijo...*». Sinceramente, no alcanzo a entender cómo la DGRN puede sostener que este artículo «*se mueve en un terreno claramente dispositivo*» (sic). ¿De dónde se deduce tal libertad de elección? El único precepto dispositivo en el artículo se distingue muy nítidamente de los demás

(«*Se puede establecer...*»), e incluso para tal supuesto se establecen límites a la libertad de elección de los contratantes («*un máximo de la mitad de la cantidad total...*»). No parece acertado afirmar, como hace la DGRN, que el artículo 621-54 CCCat «*en ningún caso excluye que las partes puedan celebrar otro pacto de condición resolutoria distinto al regulado en él*», pues el espíritu del precepto claramente es evitar que puedan pactarse términos contrarios al mismo. No es admisible, por tanto, que las partes excluyan la aplicación del artículo 621-54 CCCat pactando la sumisión al Derecho común.

A) La libertad de elección de ley en la sucesión testada

La resolución cita el siguiente ejemplo: un ciudadano alemán que reside en Barcelona, titular de bienes en dicha ciudad, opta por someter su sucesión al BGB alemán, y no al CCCat. Dicha elección sería válida al amparo del Reglamento Europeo de sucesiones.

El ejemplo no guarda analogía con nuestro caso de estudio. El Derecho comunitario tiene primacía sobre los Derechos de los Estados miembros (cfr. Sentencia Costa/ENEL de 15 de julio de 1964 y la más reciente STJUE de 4 de diciembre de 2018, asunto C-378/17). Específicamente para las sucesiones, el Reglamento Europeo prevé la facultad del causante de optar por la ley aplicable a su sucesión. El Considerando 15 establece que «*el presente reglamento permite la creación o transmisión mediante sucesión de un derecho sobre bienes muebles e inmuebles tal como prevea la ley aplicable a la sucesión*». Por otra parte, el artículo 22.1 prevé que «*Cualquier persona podrá designar como la ley que haya de regir su sucesión en su conjunto la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Una persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*». El artículo 23.1 señala que «*La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión*». A continuación, desarrolla los aspectos que se rigen por dicha ley aplicable.

La facultad de optar por la ley que haya de regir la sucesión viene *expresamente* reconocida por el Derecho de la Unión Europea. El Reglamento europeo de sucesiones es *lex specialis* respecto del artículo 10.1 del Código civil, y, por tanto, es norma de conflicto en materia de sucesiones, de suerte que se deberá reputar válida la elección por el causante de la ley que haya de regir su sucesión. Así, por ejemplo, se podrá evitar la aplicación del artículo 28 LH a los inmuebles incluidos en la masa hereditaria si el causante hubiese optado por las leyes sucesorias de otro Estado miembro que no establezcan dicha cautela. Pero no existe ninguna disposición similar

que desplace al artículo 10.1 del Código civil respecto de la creación de derechos reales *inter vivos*.

B) El Reglamento Roma I no es aplicable al caso

Al contrario que el Reglamento Europeo de Sucesiones, el Reglamento Roma I se ocupa de las relaciones contractuales (recordemos con DE CASTRO que la sucesión es un negocio jurídico, pero no un contrato)⁴². Para apoyar la exclusión voluntaria del CCCat en nuestro supuesto, AZOFRA (*op. cit.*) recurre al siguiente ejemplo: si un ciudadano belga residente en Cataluña vende a un alemán residente en Madrid, ante un notario de La Coruña, un inmueble sito en Mataró sometándose expresamente al Derecho francés, el Derecho francés será aplicable a esa compraventa. Tal afirmación, desde luego, sería discutible, ya que el artículo 10.5 exige un *punto de conexión* entre el Derecho francés y el contrato de compraventa, que no parece estar presente en el ejemplo. Es cierto que el Reglamento Roma I no exige expresamente tal conexión. También lo es que la propia RDGRN comentada señala que la postura que entiende desplazado el marco normativo contenido en los artículos 9 a 11 del Código civil por los Reglamentos europeos no es mayoritaria. Pero, igual que hemos aceptado que el Reglamento europeo de sucesiones tiene primacía sobre el del Código civil como norma de conflicto, aceptemos también que la tiene Roma I, y demos por válida tan «llamativa» elección. Pues bien, en tal caso, el Derecho francés gobernará exclusivamente las relaciones obligacionales entre vendedor y comprador (entrega de la cosa, saneamiento por evicción o vicios ocultos, forma y lugar del pago del precio, plazo de prescripción de acciones personales, etc.). Sin embargo, el artículo 3.3 de Roma I prevé que: «*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo*». Por consiguiente, las partes no pueden disponer libremente la ley que haya de regir los derechos reales creados por una compraventa (lo que incluye cualquier derecho de comiso en garantía del precio aplazado, que habrá de regirse necesariamente por la *lex rei sitae*).

El Derecho de cosas regula el aspecto estático del Derecho civil patrimonial (titularidad y goce de los bienes y derechos), mientras que el Derecho de obligaciones regula su aspecto dinámico (tráfico jurídico económico, transmisión de bienes y prestaciones de servicios). Roma I únicamente se ocupa de esta segunda dimensión, no de la primera, como confirmó la RDGRN de 22 de febrero de 2012, al establecer que la *lex contractus*, determinada

según las normas de conflicto del Convenio de Roma y por el Reglamento Roma I, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato, excluyendo expresamente los aspectos reales relativos al modo de adquisición del derecho real, su contenido y efectos. Siguiendo la RDGRN de 2012 citada *supra*, es la *lex rei sitae* la que debe regir «[el] modo de adquisición de los derechos reales, como el momento de transferencia de la propiedad en una compraventa, el contenido del derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad»: aun cuando se niegue la naturaleza de derecho real de la CRE, esta supondría en todo caso una limitación, con eficacia a terceros, del derecho de propiedad del vendedor. Por lo que, siendo un elemento configurador de este último, habríamos de concluir lo mismo respecto de la ley aplicable.

En lo que se refiere a la resolución de conflictos entre distintos Ordenamientos civiles dentro del Estado español, la RDGRN de 18 de octubre de 1994 falló en idéntico sentido (la ley que debe regir los aspectos reales de un contrato debe ser la *lex rei sitae*). No es, pues, aplicable el artículo 10.5 del Código civil (referido a las obligaciones contractuales), sino necesariamente el artículo 10.1 del Código civil, que nos remite, en este caso, al Derecho común de Cataluña.

Por último, la RDGRN de nuestro supuesto cita el artículo 22.1 del Reglamento Roma I: «cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento». Lo hace para sostener que «las partes no están obligadas a escindir un contrato [...] en tantos regímenes jurídicos como unidades territoriales haya». Por el contrario, este artículo reafirma lo previsto en el artículo 3.3 del mismo Reglamento (citado *supra*) acerca de la necesidad de respetar las normas imperativas de cada unidad territorial (en este caso, Cataluña).

C) Conclusión: el Derecho catalán no puede excluirse por pacto entre las partes

Lo que prueban los dos ejemplos anteriores es que a los derechos reales sobre bienes inmuebles pueden aplicarse reglas de otros ordenamientos distintos de la *lex rei sitae* únicamente cuando haya normas de rango superior al del Código civil que lo permitan expresamente (como el Reglamento europeo de sucesiones, no así Roma I). Dicho de otro modo, cuando exista una norma de conflicto que *desplace al artículo 10.1 del Código civil*. De lo

contrario, las partes no pueden excluir voluntariamente la *lex rei sitae*, pues el mandato del artículo 10.1 del Código civil quedaría vacío de contenido. Pensemos que, si tal exclusión voluntaria fuese posible, las hipotecas que garantizan contratos de financiación gobernados por algún Derecho extranjero podrían someterse, digamos, a las leyes de Inglaterra, Países Bajos o Luxemburgo, todas ellas jurisdicciones mucho más «*lender-friendly*» que la española. Imaginemos lo que supondría que bancos internacionales (y, sobre todo, fondos de «*direct lending*»)⁴³ pudieran adjudicarse la propiedad de bienes inmuebles en España ante incumplimientos de contratos de financiación, sin observar las cautelas que el Derecho español exige en estos casos para la ejecución hipotecaria (entre ellas, la prohibición del pacto de comiso en la hipoteca, o las disposiciones de la LCCI cuando el prestatario sea un consumidor), y sin que el deudor pudiera oponer las excepciones procesales previstas en la LEC en el marco de la ejecución hipotecaria. Imaginemos que los registradores tuviesen que inscribir cambios de titularidad con base en dictámenes de despachos de la City que acreditasen que las garantías de la financiación están correctamente ejecutadas. Teniendo en cuenta las actuales circunstancias de la economía española, una situación así podría considerarse incluso contraria al orden público. En este sentido, coincidimos con la DGDEJ cuando, con mayor o menor fortuna, afirma que «*Si la competencia de la Generalidad para resolver tiene por fundamento garantizar la aplicación del derecho civil de Cataluña a todos los supuestos en que corresponde que se aplique, según nuestra opinión no se cumpliría la finalidad de la norma si no se pudiera resolver cuándo hay que aplicarla. Porque [...] no puede haber infracción mayor de las normas del derecho catalán que dejar de aplicarlas cuando corresponde*».

Se podrá aducir que, en mi anterior trabajo para esta Revista, defendí que el hipotético derecho de retracto de co-acreedores sobre la cuota-parte de un préstamo hipotecario mancomunado sometido a Derecho común, debería regirse (en caso de existir tal retracto) por el Derecho común, aun cuando la hipoteca en cuestión recaía sobre un inmueble en Cataluña⁴⁴. Me reafirmo en ello: la diferencia es que, en aquel supuesto, el retracto se ejercitaba sobre la cuota-parte del préstamo —un derecho de crédito sometido a Derecho común—, y solo de forma accesorio sobre la hipoteca, por lo que el retracto, en su caso, debería regirse por el Derecho común español. El presente caso es bien distinto, pues lo que se pretende es constituir *ab origine* un derecho real sobre inmuebles en Cataluña, para lo cual deben observarse necesariamente las normas imperativas del Derecho civil catalán.

Cuál es el contenido de ese Derecho aplicable a este caso concreto es algo a lo que trataré de dar respuesta en el último apartado de este trabajo.

D) Breve mención al reflejo registral de circunstancias del estatuto personal de los titulares de derechos inscritos

A todo lo anterior, algunos podrán oponer, como contraejemplo, el caso de los «fondos alemanes»; los llamados «*Sondervermögen*» regulados en la Ley de Inversiones de Capital (*Kapitalanlagegesetzbuch* o «*KAGB*»). Muchos Registros de la Propiedad en España han inscrito la titularidad de inmuebles a nombre de las sociedades gestoras de estos fondos, actuando «*en su propio nombre, pero por cuenta y en beneficio del fondo*». Del mismo modo, se han inscrito limitaciones de disponer de manera que dichas sociedades gestoras (*Kapitalverwaltungsgesellschaften*) solo pueden enajenar y gravar las fincas de las que son titulares «formales» cuando medie consentimiento del banco depositario (*Depotbank*) del fondo. Pues bien, tal ejemplo no invalida los argumentos expuestos, ya que estas inscripciones reflejan circunstancias del *estatuto personal* de los fondos especiales alemanes. En primer lugar, bajo la ley alemana, estos no pueden ser titulares «formales» de bienes y derechos, por carecer de personalidad jurídica, y, en segundo lugar, la limitación de disponer sin consentimiento del banco depositario viene impuesta por su ley personal (la *KAGB*). Es decir, estamos ante limitaciones al dominio de origen legal, cuya inscripción viene amparada implícitamente por el artículo 26.1 LH. Lo mismo cabe decir de las limitaciones de disponer derivadas de procedimientos de insolvencia abiertos en el extranjero (v.g. el famoso «*Chapter 11*» de Lehman Brothers): se trata de aspectos propios del estatuto personal de las sociedades, que deben poder ser inscribibles para que sean conocidos por terceros, pero en ningún caso pueden tener origen contractual, ya que ello sería contrario a la *lex rei sitae* (esto es, al art. 27 LH, que prohíbe el acceso al Registro de las prohibiciones de disponer que no tengan origen en los actos enumerados en el art. 26 LH). En todos estos casos, el Derecho extranjero deberá ser acreditado al registrador.

V. COMPETENCIA DE LA DGDEJ PARA CONOCER DEL RECURSO CONTRA LA NOTA DE CALIFICACIÓN

La RDGRN destaca que el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 3.4 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña (en adelante, la «Ley 5/2009»). Sin embargo, omite que el TC inadmitió a trámite el recurso del Abogado del Estado contra los artículos 1 y 3.3. Que lo hiciera por con-

siderar extemporáneo el recurso (como señala AZOFRA, *op. cit.*, 736-737) resulta irrelevante a estos efectos. Estos artículos rezan, respectivamente:

«Artículo 1. Objeto— La presente ley regula el régimen de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o de sus cláusulas concretas que deben inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña, siempre y cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva o junto con otros motivos, en normas del derecho catalán o en su infracción»

«Artículo 3. Procedimiento. [...] 3. Si la persona que presenta el recurso en el Registro lo interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el registrador o registradora, manteniendo la calificación, entiende que, en aplicación del artículo 1, es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, debe formar expediente en los términos establecidos legalmente y debe elevarlo a esta última con la advertencia expresa de aquel hecho. La Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe comunicarlo sin demora al Ministerio de Justicia para su conocimiento».

Según la DGRN, el registrador no debió elevar la cuestión a la DGDEJ por tratarse de un recurso mixto, que afecta tanto a cuestiones de Derecho catalán como de Derecho común. Sin embargo, no es correcto que la DGDEJ deba limitar sus competencias a los recursos basados exclusivamente en cuestiones de Derecho catalán (art. 1 de la Ley 5/2009). Bien al contrario, también conoce de aquellos recursos que se fundamenten *«de forma exclusiva o junto con otros motivos»* en el Derecho catalán. Este inciso (*«junto con otros motivos»*) es, en mi opinión y en la de ESQUIROL JIMÉNEZ⁴⁵, una alusión clara a los recursos mixtos. Como señala AZOFRA, el Tribunal Constitucional no llegó a manifestarse sobre la constitucionalidad de los artículos 1 y 3.3 de la Ley 5/2009, por haberse presentado el recurso de forma extemporánea. Siendo así, ambas normas (complementarias entre sí) son válidas y están en vigor con todas sus consecuencias.

Tanto AZOFRA como la DGRN apelan al espíritu de la STC 4/2014 para negar la *vis atractiva* a favor de la DGDEJ. Lo cierto es que de la lectura de dicha STC se desprende más bien lo contrario (CABANAS TREJO)⁴⁶. La STC trata el régimen de *acumulación de recursos*. El TC declaró que el artículo 3.4 era contrario al bloque de constitucionalidad ya que dicho precepto habilitaba a la DGDEJ para sustanciar recursos *«que no aleguen la infracción de una norma de Derecho catalán»*. La STC concluye: *«según se desprende del artículo 3.4 antes transcrito, [...] se establece una regla sobre la acumulación de recursos gubernativos dirigidos contra una misma calificación registral negativa que impone, por el solo hecho de que uno de ellos se base*

en normas de Derecho catalán o en su infracción, una vis atractiva a favor de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat, habilitándola para sustanciarlos todos en una sola pieza, incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del Derecho catalán». De este modo, se declararon inconstitucionales los siguientes incisos resaltados en cursiva, dentro del artículo 3.4: «Si varios interesados optan por interponer cada uno un recurso gubernativo *y al menos uno se basa en normas del derecho catalán o en su infracción*, la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas debe sustanciar todos los recursos, *incluidos los que no aleguen la infracción de una norma del derecho catalán*, en una sola pieza y debe resolverlos acumuladamente».

Es decir, el artículo 3.4 no era inconstitucional porque otorgase a la DGDEJ competencias sobre los recursos mixtos, sino porque la habilitaba también a resolver recursos ajenos por completo al Derecho catalán, si estos se acumulaban a otros recursos que citaran leyes catalanas. No es nuestro caso: tenemos un único recurso que invoca normas de Derecho catalán (v.g., el art. 111-6 CCCat, y la aplicación indebida del art. 621-54 CCCat por parte del registrador de Granollers) y otras normas que no lo son (v.g., el art. 10.5 CC). En otras palabras, se trata de un recurso mixto y, como acertadamente apuntó la DGDEJ, el hecho de que junto con el Derecho catalán se aleguen otras normas no excluye la competencia de la Generalidad. Además, puede sostenerse que el recurso se funda exclusivamente en Derecho catalán por el principio de heterointegración del Derecho foral catalán (cuestión que desarrollaremos más adelante). Por tanto, la competencia de la DGDEJ por aplicación conjunta de los artículos 1 y 3.3 de la Ley 5/2009, no puede estar más clara. En este punto, llama la atención el argumento que emplea la DGRN para defender su competencia: «[E]ntran en juego normas conflictuales y preceptos hipotecarios respecto de los cuales el Estado tiene competencia exclusiva (art. 148.8.^a de la Constitución)». Aparte de la cita errónea (entiendo que se refiere al art. 149.8.^a CE), debemos advertir que dicho precepto no reserva al Estado en absoluto «los preceptos hipotecarios», sino la «ordenación de los Registros e instrumentos públicos». El Auto del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 2012 avala mi interpretación: en aquella ocasión el TC, desestimando la petición de la Abogacía del Estado, consideró que la existencia en el recurso de varios fundamentos relativos a la normativa hipotecaria estatal no excluía la competencia de la DGDEJ.

Por todo lo anterior, considero que el registrador actuó correctamente al elevar el recurso a la DGDEJ, en estricto cumplimiento de la Ley 5/2009, ya que el órgano competente para conocer del recurso gubernativo era la DGDEJ, no la DGRN. Contra la decisión de la DGDEJ cabía interponer demanda ante los juzgados de primera instancia de Barcelona, en el plazo de dos meses desde la fecha de su notificación, siendo aplicables las normas

del juicio verbal (art. 328 LH). SAREB interpuso dicha demanda, que fue estimada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 47 de Barcelona (Sentencia 92/2020, de 4 de junio). El juzgado hace suyos los argumentos de la DGRN sobre la competencia y el fondo (argumentos que, por lo expuesto, no comparto). Contra una hipotética sentencia desestimatoria, SAREB hubiera tenido abierta, además, la vía del recurso de apelación, y posteriormente, la del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

VI. UNA POSIBLE SOLUCIÓN

1. EL «NUEVO DERECHO CATALÁN» COMO PROBLEMA PARA EL TRÁFICO JURÍDICO: EL FRACASO DE UN MODELO

Llegados a este punto, es preciso aclarar una cuestión: que considere aplicable a nuestro supuesto el Derecho catalán no me impide considerar también que en Cataluña se ha perpetrado una catástrofe jurídica de proporciones descomunales. La maraña normativa vigente —en especial, en materia hipotecaria y de vivienda—, sumada a la creación de estructuras de Estado (en muchos casos, con el plácet del Tribunal Constitucional) son indicativas del fracaso del modelo autonómico nacido de 1978. Dicho modelo consagra (especialmente tras la reforma del Estatuto catalán en 2006) una cosoberanía de facto entre dos poderes —el estatal y el autonómico— sobre el mismo territorio. La porosa delimitación de competencias en los artículos 148 y 149 del Código civil, lejos de aportar luz, contribuye a agravar el problema, pues las normas no suelen ser compartimentos estancos (¿dónde está el límite entre lo que afecta a la «vivienda» o a las «bases de las obligaciones contractuales» y lo que no?). Si a esto unimos el entusiasmo con que uno de los dos poderes soberanos busca diferenciarse del otro, el caos está garantizado.

Este fenómeno es particularmente notorio en el Derecho privado, con el desarrollo de lo que podemos denominar el «Derecho nuevo» de Cataluña desde principios de este siglo. Este *corpus* de Derecho civil tiene, en general, poco o nada que ver con el secular Derecho foral catalán. Por el contrario, da la sensación de que la principal finalidad de estas nuevas leyes es romper toda similitud con el Derecho castellano (valga la expresión), aun cuando ello suponga crear figuras jurídicas ajenas a la tradición catalana (como se ha puesto de manifiesto con la nueva regulación integral de la compraventa y de la permuta). A esta hipertrofia normativa contribuye la miríada de Leyes y Decretos que dificultan enormemente ejecutar hipotecas contra personas físicas en Cataluña, amén de dar cobertura a situaciones abiertamente ilegales como la usurpación de bienes inmuebles (v.g. Decreto

17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda). Parafraseando el voto particular formulado por el magistrado don Andrés OLLERO a la STC 132/2019 (sobre la que volveremos), da la impresión de que se hubiera aceptado la existencia de unos «principios jurídicos catalanes posconstitucionales», lo que de alguna manera supone desnaturalizar el mandato constitucional a las comunidades autónomas de «conservar, modificar y desarrollar» sus Derechos forales.

En este sentido, los requisitos exigidos por el artículo 621-54 CCCat para el ejercicio de la CRE me parecen arbitrarios y sin precedentes en el Derecho histórico de Cataluña, así como una dificultad innecesaria al tráfico jurídico de inmuebles. Otro tanto cabe decir de la existencia de un centro directivo paralelo a la DGRN, con *vis atractiva* sobre los recursos relacionados con derechos reales sobre inmuebles en Cataluña. La RDGRN que comento en este trabajo está sin duda inspirada por un muy loable ánimo de remediar una situación contraria al interés general. Pero no por ello puedo compartir la auto-atribución de competencias de la DGRN, ni sus argumentos de fondo.

2. UNA INTERPRETACIÓN DE LOS LÍMITES DEL «NUEVO DERECHO» CATALÁN DESDE EL «PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN» DE LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS

La resolución comentada se centra en dilucidar si las partes de una relación jurídica pueden excluir voluntariamente el Derecho civil de Cataluña y someter un derecho real de comiso a la ley común española. Ya he razonado cómo, en mi opinión, esto no es posible, pues el artículo 10.5 del Código civil no es la norma de conflicto: tratándose de un derecho real de garantía, lo es el artículo 10.1 del Código civil y por tanto debe regir la *lex rei sitae*.

Pero, ¿y si no estamos formulando la pregunta correcta? Y si esta fuese, más bien: ¿cuál es el contenido material de la *lex rei sitae*? En otras palabras: ¿cuál es el «Derecho común de Cataluña» por el que se ha de regir un derecho real de comiso sobre unas fincas en Granollers? Estamos pasando por alto, por un lado, que la regulación de los derechos reales *en sí mismos* no está atribuida en exclusiva ni al Estado ni a las comunidades autónomas. Por lo que el hecho de encontrarnos ante un derecho real no puede ser un criterio válido para determinar *quién tiene competencia para regularlo* (si el Estado o las CCAA). Por otro lado, estamos olvidando que la Constitución española atribuye la competencia exclusiva al Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1 6.^a).

Nuestro derecho real de comiso trae causa de una relación jurídica perteneciente al Derecho mercantil. Su creación es, a todos los efectos, un acto mercantil. En pleno proceso de revisión del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la

Revista de Derecho de los Negocios publicó un editorial en que señalaba que la unidad del mercado español: *«se funda en [...] la existencia de las mismas reglas jurídicas en toda España para los mismos contratos mercantiles o empresariales. La Constitución vigente lo deja claro en su ya citado 149.1, para aquellas materias enumeradas como las 6.^a, 12.^a, 13.^a, 20.^a y 21.^a, además de las 14.^a y 17.^a, entre otras [...]. Las nuevas normas codificadas, como el propio nombre del Código indica - «Código civil de Cataluña» - están destinadas a disciplinar relaciones de índole civil, no relaciones mercantiles. [...] No puede nunca olvidarse que los actos mercantiles estarán siempre sometidos, única y exclusivamente, al derecho estatal en tanto se mantenga la Constitución. Solo así se preservará la unidad del mercado español y uno de sus bastiones más poderosos —la unidad del derecho aplicable a las obligaciones y contratos mercantiles»⁴⁷.*

Como hemos avanzado, el artículo 621-54 CCCat incluía inicialmente un tercer apartado, declarado nulo por la Sentencia (Pleno) 132/2019 de 13 de noviembre por introducir normas procesales, lo que es contrario a la delimitación competencial prevista en la Constitución española. De dicha STC (que resuelve los recursos contra varios preceptos más), nos interesa el voto particular del magistrado don Alfredo MONTÓYA. Este señaló que la compraventa de consumo tiene carácter mercantil y por tanto la función legislativa sobre la misma corresponde en exclusiva al Estado, sin reconocer la Constitución *«espacio alguno para singularidades normativas forales, con el fin de garantizar una cierta unidad de mercado»*. Según este magistrado, varios de los preceptos impugnados se deberían haber declarado inconstitucionales por este motivo. Siendo cierto lo que señaló el voto discrepante respecto de la competencia exclusiva del Estado en legislación mercantil, hay que recordar que *«la validez de la ley [...] ha de preservarse cuando su texto no impide una interpretación conforme a la Constitución, de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto impugnado, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la ley»* (SSTC 108/1986, de 29 de julio, FJ 13; 76/1996, de 30 de abril, FJ 5 o 29/2018, de 8 de marzo, FJ 3).

El principio de conservación de los contratos (art. 1284 CC) tiene su correlato en el Derecho constitucional: las normas han de interpretarse de manera que puedan mantenerse dentro del ordenamiento jurídico. En este principio general se encuentra la solución a nuestro problema.

3. EL PRECEDENTE NAVARRO

El concepto de *Derechos civiles forales* es inexistente en los países de nuestro entorno jurídico. Los Códigos Civiles de Francia, Alemania, Italia

o Portugal constituyen (junto con las leyes especiales que los desarrollan o complementan) el único cuerpo de Derecho civil para todo el territorio de cada uno de dichos Estados. En ausencia de precedentes en el Derecho comparado, voy a proponer una solución con base en las resoluciones de nuestras Audiencias Provinciales.

Resulta extraño que nadie hasta ahora (que sepamos) haya traído a colación el caso de la ley 511 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, por su analogía con el caso de estudio. Dicha norma reconoce al deudor cedido la facultad de extinguir su deuda pagando al nuevo acreedor el precio que este a su vez hubiera pagado al acreedor cedente, más los intereses legales y los gastos que le hubiese ocasionado la reclamación del crédito. Leído en abstracto, todo deudor de créditos regidos por ley navarra vendría a tener una facultad similar al (mal) llamado «retracto» de *lex anastasiana*, y ello aun cuando el crédito cedido no tenga el carácter de litigioso. Pues bien, la SAP Navarra 17/2009, de 30 de enero, aclaró que la ley 511 no es aplicable a los actos mercantiles. Decisión que supuso, de facto, vaciar de contenido el precepto, pues la gran mayoría de préstamos hoy en día son bancarios, y tienen, por tanto, naturaleza mercantil. Resulta muy esclarecedor el siguiente razonamiento de la AP Navarra:

«Aunque el carácter mercantil de la relación contractual no excluye por sí solo la aplicación de la normativa civil foral, como establece la jurisprudencia del TSJ de Navarra, en cuanto el «Derecho común» a que se remite como ordenamiento supletorio el Código de Comercio en sus artículos 2 y 50, no es solo el general del Código civil sino también el foral vigente en los territorios con derecho propio (SSTS de 28 de junio de 1968 y 16 de febrero de 1987), las disposiciones de estos ordenamientos tan solo resultan aplicables a los contratos mercantiles en lo que no se halle expresamente regulado por su legislación especial.

La cesión de créditos mercantiles está regulada en los artículos 347 y 348 CCom, preceptos estos que no contemplan, como hace la Ley 511 FN en supuestos de cesión de créditos a «título oneroso», la facultad del deudor de liberarse «abonando al cesionario el precio que este pagó más los intereses legales y los gastos que le hubiere ocasionado la reclamación del crédito».

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1987, antes citada, un autorizado sector de la doctrina entiende que, respecto de una disciplina uniforme, como es el Derecho mercantil, resultaría perturbador admitir particularidades que afectarían inevitablemente a las «bases de las obligaciones contractuales», apareciendo patente la aspiración hacia la unidad de mercado, por lo que no cabe aplicar la Ley 511 FN».

En otras palabras, el Derecho navarro, en sede de cesión de créditos mercantiles (mejor dicho, de cesiones de crédito que constituyan actos mer-

cantiles), lo conforman el Código de Comercio (en adelante, «CCom») y el Código civil (de aplicación supletoria en Derecho mercantil), no el Fuero Nuevo. A esta interpretación coadyuvan los artículos 4.3 del Código civil («*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes*») y 13.2 del Código civil («*En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas, según sus normas especiales*»).

Un derecho real de comiso como el de nuestro caso de estudio solo es concebible en el marco de la contratación entre empresarios o profesionales, dado que tanto la cláusula penal pactada como la renuncia a las excepciones procesales habrían de reputarse abusivas bajo la normativa de consumo y, en consecuencia, nulas de pleno derecho, (cfr. GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, 2477)⁴⁸. Por su parte, los derechos reales de comiso prácticamente han desaparecido en las relaciones entre particulares, ante la hegemonía de la financiación hipotecaria (i.e. cuando alguien compra un piso a otro particular —negocio jurídico de naturaleza civil—, lo normal es que el precio se pague íntegramente con el otorgamiento de la escritura, con fondos bancarios, y no que se pacte un aplazamiento del precio). Partiendo de la base de que las compraventas de inmuebles pueden tener carácter mercantil en función de los sujetos intervinientes y de su objeto social —esto es, cuando la compraventa responda a la actividad empresarial ordinaria de los sujetos implicados, como sucede en nuestro caso—⁴⁹, el argumento que nos proporciona la AP Navarra es, en mi opinión, el único que justifica la exclusión del CCCat en nuestro supuesto. FLÓREZ MIRANDA (*op. cit.*, 5-6) ha defendido la *heterointegración* del Derecho civil catalán, de forma que las normas estatales de Derecho civil y mercantil *son parte del Derecho común de Cataluña*. Este autor ha señalado, en sede de prescripción extintiva: «*Teniendo en cuenta que la competencia para legislar en materia mercantil es exclusiva del gobierno central (art. 149.1 6.º CE), las relaciones jurídicas de carácter mercantil, incluyendo las relativas a la prescripción extintiva, se rigen por lo dispuesto en el Código de Comercio o en la legislación estatal especial*»⁵⁰.

4. EL OTRO PRECEDENTE: LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE SEGUROS

Conclusiones parecidas a las de la AP Navarra se extraen de la jurisprudencia en materia de contrato de seguro (también reservada al Estado por la Constitución española). Merece la pena detenernos en la lectura de la STS 534/2013, de 6 de septiembre. En ella se citan las SSAP Barcelona 295/2011, de 12 de mayo y 206/2011, de 28 de marzo, que establecen que «*no cabe aplicar a la repetida acción el plazo de prescripción de tres años*

establecido en el artículo 121-21dl del CCCat, toda vez que, aunque el mismo conforma sin duda el derecho común de Cataluña en lo relativo a las acciones de responsabilidad extracontractual, según resulta del propio CCCat., el derecho civil catalán no abarca aquellas materias de competencia legislativa estatal como la mercantil (art. 149-1-6.^a CE) de la que forma parte la normativa de seguros. La aplicación directa en Cataluña del derecho estatal de seguros es una consecuencia de la distribución constitucional de la competencia legislativa entre los entes territoriales que ya tuvo en cuenta el artículo 111-5 CCCat. al prever la heterointegración del derecho civil catalán «mediante la aplicación como supletorio del derecho del Estado» (el preámbulo de la propia Ley destaca que el precepto «se refiere tanto al carácter preferente de las disposiciones del derecho civil de Cataluña, salvo los supuestos en que sean directamente aplicables normas de carácter general, como a la limitación de la heterointegración mediante la aplicación como supletorio del derecho estatal, la cual solo es posible cuando no sea contraria al derecho propio o a los principios generales que lo informan»).

En el Fundamento de Derecho Cuarto, el Tribunal Supremo se adhiere a la tesis de la AP Barcelona, señalando además que la propia Disposición Final Primera del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor refiere que dicha norma se dicta al amparo del artículo 149.1. 6.^a CE, por lo que dichas normas rigen directamente en todo su territorio, sin que el principio de territorialidad del Derecho catalán pueda imponer la aplicación de los plazos de prescripción del CCCat (por ser esta una norma emanada de los órganos autonómicos de Cataluña).

5. EL PROBLEMA AÑADIDO DE LA VECINDAD CIVIL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La RDGRN comentada señala que, *de lege ferenda*, «existe un general consenso en la necesidad no solo de clarificar sino de reformar el derecho conflictual interregional, para adaptar las normas vigentes a las necesidades del tráfico contractual, siendo evidente, además, que el concepto de «vecindad civil» no sirve para negocios jurídicos en que intervienen empresas». Cuando ninguna de las partes tiene vecindad civil catalana, la aplicación del CCCat debe hacerse *cum grano salis*. En nuestro caso, ni Talisman Capital ni SAREB son entidades de vecindad civil catalana. De alguna forma, esta dificultad para encajar la idea de vecindad civil en el terreno de la persona jurídica viene a reforzar la postura de las AAPP citadas *supra* (esto es, la no aplicabilidad de los Derechos civiles forales a las realidades propias del Derecho mercantil).

6. SÍNTESIS: INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 621-54 AL SUPUESTO DE HECHO POR RAZÓN DE SU ORIGEN

La Constitución española no efectúa reserva competencial en favor del Estado ni de las comunidades autónomas respecto de los derechos reales *en tanto que tales*. Tratándose de derechos reales, habremos de estar a la *lex rei sitae*, por disponerlo así el artículo 10.1 del Código civil. Pero para determinar cuál sea el contenido material de esta en territorios de Derecho foral (i.e. si la compilación foral en cuestión —CCCat, Fuero Nuevo, Compilación del Derecho Foral de Aragón, etc.— o la legislación estatal —CC, LH, RH, CCom, etc.—), hemos de estar al único criterio válido de distribución de competencias (esto es, el *origen* del derecho real; de qué clase de negocio jurídico trae causa). La creación de un derecho real puede ser un acto civil o mercantil. La existencia de un Registro Mercantil para inscribir actos relativos a los empresarios y las sociedades no significa que los Registros de la Propiedad no reflejen realidades del Derecho mercantil (lo hacen todos los días, como consecuencia de la *vis expansiva* del Derecho mercantil sobre el Derecho civil). Las relaciones subyacentes a la creación del derecho real nos revelan la *causa* del mismo (en nuestro caso, garantizar el precio aplazado de una compraventa mercantil). Que estemos ante uno u otro caso determinará cuál haya de ser el contenido material de la *lex rei sitae*: si se trata de relaciones de Derecho civil, lo formarán las normas de derecho foral preexistentes a la Constitución española, o las promulgadas por las comunidades autónomas en desarrollo del derecho foral. Por el contrario, si se trata de relaciones mercantiles, deberán ser necesariamente normas de origen estatal.

El artículo 621-54 CCCat regula, con carácter general, la «condición resolutoria explícita» (*rectius*, derecho real de comiso sobre inmuebles en Cataluña). Por su origen (norma autonómica), dicho precepto no puede ser aplicable a derechos nacidos de relaciones de Derecho mercantil. Estos se han de regir por el artículo 1504 del Código civil, la LH y el RH, como normas integrantes del Derecho común de Cataluña por el principio de heterointegración. Este principio halla acomodo en el artículo 13 del Código civil (que, como apunta el profesor BERCOVITZ, se ve reforzado por el art. 149.1. 8.^a CE)⁵¹, pero también en el artículo 111-5 CCCat. Si interpretamos que el artículo 621-54 CCCat es aplicable únicamente a los derechos de comiso nacidos de relaciones civiles, el precepto no tiene tacha de inconstitucionalidad. La aplicación de normas estatales a un derecho real de origen mercantil y la correlativa inaplicación del artículo 621-54 CCCat no precisa declaración de inconstitucionalidad de este último por invadir competencias reservadas al Estado, de la misma manera que los tribunales no aplican el plazo de prescripción previsto en el artículo 121-21d/ CCCat a las relaciones mercantiles (*vid supra*), sin que ello signifique que dicho ar-

título deba ser tenido por inconstitucional. Todo esto se deduce del principio de conservación de las disposiciones normativas al que hemos aludido *supra*.

Las partes de una compraventa mercantil podrán, en todo caso, configurar el derecho de comiso de manera que para su ejercicio se requiera el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 621-54 CCCat (o en cualquier otra norma de derecho foral), en virtud del artículo 1255 del Código civil (norma estatal aplicable al acto mercantil).

El artículo 621-54 CCCat sí será de aplicación imperativa a las compraventas entre personas que no sean comerciantes, y siempre que no constituyan en sí mismas actos de comercio. La aplicación imperativa del artículo 621-54 CCCat será, por tanto, marginal (como lo es la aplicación de la Ley 511 de la Compilación navarra). Regirá en casos de particulares que vendan su casa con pacto de retro, algo en franco desuso tras décadas de desarrollo del mercado hipotecario (y sin perjuicio de un posible resurgir en el futuro).

VII. CONCLUSIONES

I. La llamada «condición resolutoria expresa» no es una *conditio facti* ni una *conditio iuris*. Es, en realidad, un derecho real de garantía análogo a la hipoteca, cuyo nombre más apropiado es, a mi juicio, el de «derecho real de comiso». Se diferencia de la hipoteca, principalmente, (i) en que permite el pacto de *lex commissoria*, ya que en él no concurren las circunstancias que imponen su prohibición para los contratos de préstamo con garantía; (ii) en su forma de ejecución; y (iii) en que el derecho de comiso no precisa para su ejercicio un requerimiento de pago, sino que basta una declaración unilateral de resolución por el vendedor ante el impago en el plazo convenido. La presencia del pacto de *lex commissoria* no afecta en ningún caso a su naturaleza de derecho real de garantía.

II. Tratándose de un derecho real de garantía, el derecho de comiso se rige por la *lex rei sitae* (ex art. 10.1 CC). Esta es el Derecho común de Cataluña, del que forman parte tanto el CCCat como las normas estatales (CC, LH, RH y CCom), por el principio de heterointegración.

III. Dentro del Derecho común de Cataluña, el CCCat es ley especial respecto de las normas estatales en materia de Derecho civil, pero estas son ley especial respecto de aquel en materia de Derecho mercantil. Las normas estatales son aplicables, no por la sumisión de las partes al Derecho común español, sino por razón de la materia, al tratarse de un derecho creado por un contrato mercantil. Esta conclusión se extrae de interpretar los artículos 10.1 y 13 del Código civil a la luz del artículo 149.1. 8.ª CE, y de interpretar el artículo 621-54 CCCat conforme al principio de conservación

de las disposiciones normativas. Por consiguiente, el derecho real de comiso constituido por Talismán Capital en favor de SAREB se ha de regir por el del Código civil, la LH y el RH.

IV. Los pactos entre SAREB y Talismán Capital son válidos conforme a las normas estatales, razón por la cual el registrador debió inscribir la compraventa junto con el derecho real de comiso.

V. Queda a salvo la facultad de las partes de una relación mercantil de adecuar los requisitos para el ejercicio del comiso a los exigidos por el artículo 621-54 CCCat, en virtud del artículo 1255 del Código civil.

VI. Para derechos reales de comiso nacidos de relaciones de Derecho civil, el artículo 621-54 CCCat tiene carácter imperativo, y no es admisible su exclusión voluntaria. La aplicación de este artículo debería ser marginal, ya que la CRE en las relaciones de Derecho civil se encuentra en desuso hoy en día (sin perjuicio de que, como decimos, pueda volver a resurgir en el futuro ante las restricciones de acceso a la financiación para la población con menos recursos).

VII. La DGDEJ es el órgano competente para resolver los recursos mixtos (esto es, los que invoquen tanto normas exclusivas del Derecho foral catalán como normas de Derecho común español), y por tanto tiene competencia para conocer del recurso en nuestro caso de estudio. La DGDEJ debió revocar la nota del registrador por las razones expuestas. Queda a salvo el derecho a la tutela judicial del recurrente, ya que frente a la resolución de la DGDEJ cabe interponer demanda ante los juzgados de primera instancia de Barcelona, con posibilidad de ulterior recurso de apelación ante la AP Barcelona (la cual sostiene un criterio similar al que aquí se expone en materia de prescripción) y de casación ante el TSJ de Cataluña. El Juzgado de Primera Instancia n.º 47 de Barcelona ha estimado la demanda formulada por SAREB contra la resolución de la DGDEJ. Un pronunciamiento de la AP de Barcelona o del TSJ de Cataluña en favor de la tesis defendida en este trabajo resultaría extremadamente útil para restringir, con carácter general, la aplicación del CCCat y demás leyes aprobadas por la Generalidad al ámbito de las relaciones civiles.

VIII. Esta interpretación salva la unidad de mercado y a su vez es respetuosa con el principio de territorialidad del Derecho civil de Cataluña, dentro de las competencias que otorgan a la Generalidad la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 8 de enero de 1921
- RDGRN de 17 de enero de 1933

- RDGRN de 25 de octubre de 1979
- RDGRN de 29 de diciembre de 1982
- RDGRN de 6 de diciembre de 1986
- RDGRN de 16 de septiembre de 1987
- RDGRN de 5 de febrero de 1990
- RDGRN de 6 de febrero de 1990
- RDGRN de 18 de octubre de 1994
- RDGRN de 22 de febrero de 2012
- RDGRN de 29 de abril de 2014
- RDGRN de 29 de agosto de 2019
- RDGRN de 28 de enero de 2020
- RDGDEJ de 25 de julio de 2019
- STS de 23 de octubre de 1934
- STS de 1 de mayo de 1946
- STS de 5 de mayo de 1953
- STS de 16 de noviembre de 1979
- STS de 3 de diciembre de 1982
- STS de 22 de enero de 1991
- STS de 30 de abril de 1991
- STS de 31 de enero de 2001
- STS de 6 de marzo de 2003
- STS de 5 de diciembre de 2003
- STS de 6 de septiembre de 2013
- STS de 26 de febrero de 2015
- STS de 21 de febrero de 2017
- STS de 18 de diciembre de 2019
- SAP Navarra de 30 de enero de 2009
- SAP Barcelona de 28 de marzo de 2011
- SAP Barcelona de 12 de mayo de 2011
- SAP Valencia de 30 de noviembre de 2016

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARIJA SOUTILLO, C. (2018). La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 2018.
- AZOFRA VEGAS, F. (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1991). *Comentario al artículo 13 del Código civil*. En: *Comentario del Código civil*. Volumen I, Madrid. Ministerio de Justicia (150-151).
- CABANAS TREJO, R. (2014). Cataluña, recurso gubernativo y discrecionalidad del registrador. *El Notario del siglo XXI*. [En línea], disponible en <https://www.>

- elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-55/3743-cataluna-recurso-gubernativo-y-discrecionalidad-del-registrador
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2008). Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica). *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 20.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid. Civitas.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987). Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1987. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15.
- DÍEZ PICAZO, L. (1967). El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la LECiv*. Navarra. Civitas.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2019). La condición resolutoria catalana en la DG-DEJ, DGRN y TC. *Notar-ius*. [En línea], disponible en <http://www.notar-ius.com/2019/12/la-condicion-resolutoria-catalana-en-la.html>
- FLÓREZ MIRANDA, M.C. (2020). La prescripción extintiva en el Derecho Civil de Cataluña. Especial mención a los plazos de prescripción. Diferencias con el Código civil Español. *Diario La Ley*, 16 de julio de 2020. Wolters Kluwer.
- GINEBRA MOLINS, M.E. (2012). *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions Preliminars. Prescripció y Caducitat*. Barcelona. Atelier.
- GIORGIANI, M. (1967). Los derechos reales. Traducido en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992). Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613.
- JORDANO FRAGA, F. (1992). La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil). *Anuario de Derecho Civil*. Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHEZ REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y Propiedad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición.
- (2009). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Segundo. Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición.
- MARTÍNEZ SARRIÓN (1964). Repercusiones prácticas de escrituras notariales. *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1964.
- ROCA SASTRE, R.M.^a (1968). *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Barcelona. Bosch. Sexta Edición.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1968). Algunos aspectos de la «Lex commissoria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 464.
- ROVIRA JAÉN, F.J. (1967). La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 463.
- (1993). El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615.
- VV.AA. (1995). *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*. Madrid. Tecnos. Colección Jurisprudencia Práctica.

NOTAS

¹ El artículo 621-54 CCCat incluía en su redacción original un tercer apartado, que regulaba el mecanismo de resolución, y que fue invocado por el registrador en su nota de calificación. Dicho apartado tercero fue declarado inconstitucional y nulo de pleno derecho por el Tribunal Constitucional en su Sentencia (Pleno) 132/2019 de 13 de noviembre, con posterioridad a la publicación de la RDGRN que aquí comentamos.

² La DGRN ha sido suprimida, tras más de un siglo de existencia, por el RD 139/2020, de 28 de enero, habiendo pasado sus funciones a la llamada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. No obstante, dada la fecha de la Resolución comentada, en este trabajo emplearé las siglas DGRN para referirme a la Dirección General.

³ MARTÍNEZ SARRIÓN (1964): Repercusiones prácticas de escrituras notariales. *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1964, 183 y sigs. El «requerimiento» del artículo 1504 del Código civil no necesariamente funciona como tal: la ley ofrece al vendedor la posibilidad de enviar una «notificación obstativa del pago por la que se declara la resolución» (STS de 3 de diciembre de 1982). Se trata, pues, de una declaración unilateral por la que el vendedor resuelve la venta. No obstante, y como apunta AZOFRA, 768 (citado *infra*), la jurisprudencia admite el requerimiento de pago unido, subsidiariamente y de modo condicionado, a una comunicación de resolución para el caso de impago en el nuevo plazo otorgado.

⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1987): Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1987. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, 5012. Según este autor, un pacto como el de nuestro ejemplo constituye unas arras penales y no una cláusula penal, pues no existe una obligación accesoria de pago de cantidades, sino una facultad de retención de las que el vendedor ha ido recibiendo. Nuestra cláusula penal queda bastante desnaturalizada respecto del régimen previsto en los artículos 1152 a 1155 del Código civil (v.g., se excluye la moderación judicial pero no el derecho del vendedor a reclamar una indemnización por cualesquiera otros daños y perjuicios producidos, hasta un importe máximo del 20%). Sin embargo, las arras penales (que no están expresamente reguladas en el CC) se asimilan a la cláusula penal, hasta el punto de que creo que es correcto hablar indistintamente de arras penales o de una cláusula penal *sui generis*.

⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS, A. (1968): Algunos aspectos de la «Lex commissoria». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 464, 84.

⁶ AZOFRA VEGAS, F. (2020): La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 741.

⁷ ROVIRA JAÉN, F.J. (1967): La condición resolutoria y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 463, 1685.

⁸ La resolución comentada justifica la ausencia de obligación de consignar en que la restitución de prestaciones prevista en el artículo 1123 del Código civil queda vacía de contenido al pactar las partes una cláusula penal por el mismo importe. Considero que este no puede ser el fundamento, pues el artículo 1123 del Código civil no resulta aplicable, al no hallarnos ante una verdadera *conditio*, como se desarrollará más adelante.

⁹ Previamente había mantenido una línea favorable al automatismo registral de la reinscripción (RRDGRN de 3 de junio de 1961, de 13 de junio de 1962 y de 31 de octubre de 1969).

¹⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1992): Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 613, 2473.

¹¹ Todos ellos citados en VV.AA. (1995): *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*. Madrid. Tecnos. Colección Jurisprudencia Práctica, 11). Hay que destacar que dicha doctrina iniciada a partir de 1982 no hacía sino recoger una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que admitía el ejercicio extrajudicial (registral) de la acción resolutoria, pero condicionado en todo caso a la falta de oposición por parte del deudor bajo la obligación garantizada.

¹² Puede encontrarse un interesante análisis del nominalismo (así como su influjo decisivo en la reforma luterana y en corrientes de pensamiento posteriores) en AYUSO, M. (coord.) (2016): *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*. Madrid / Barcelona / Buenos Aires / Sao Paulo. Marcial Pons. Para un tratamiento más general de la epistemología como rama de la filosofía, cfr. SÁNCHEZ MECA, D. (2012): *Teoría del conocimiento*. Madrid. Dykinson. Segunda edición.

¹³ ARIJA SOUTILLO, C. (2018): La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 2018, 286. La autora señala que la cláusula resolutoria explícita «*funciona como un derecho real de garantía indirecta del pago del precio o contraprestación. Se trata de un derecho real de garantía indirecta porque comporta una situación de poder sobre la cosa transmitida, con lo que se asegura la efectividad del precio, cualquiera que sea el poseedor de la cosa, pero en caso de resolución por impago del precio no se hace efectiva la garantía con la ejecución del bien adquirido, sino que se resuelve el contrato y se sustituye el pago del precio por el reintegro de la cosa a su transmitente*».

¹⁴ Citado en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2009): *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Segundo. Derechos Reales Limitados. Situaciones de cotitularidad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición, 203.

¹⁵ ROVIRA JAÉN, F.J. (1993): El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, 363.

¹⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2008): Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca (Una *relectio* a modo de recuerdo y de réplica). *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 20.

¹⁷ Una crítica a CERDEIRA por su asimilación de la immediatez a la posesión la encontramos en ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005): *Efectos jurídico-reales del embargo de inmuebles en la LECiv*. Navarra. Civitas.

¹⁸ Cfr. GIORGIANNI, M. (1967): Los derechos reales. Traducido en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 458.

¹⁹ ROCA SASTRE, R.M.^a (1968): *Derecho Hipotecario. Tomo II*. Barcelona. Bosch. Sexta Edición, 635.

²⁰ Es cierto que algunos autores como DÍEZ PICAZO ven con buenos ojos el *numerus clausus* en los derechos de garantía, dada la facultad de realización del valor que estos entrañan y el riesgo que una total libertad de creación podría conllevar para la *par conditio creditorum*. Cfr. DÍEZ PICAZO, citado en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J. (2008): *Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen Primero. Posesión y Propiedad*. Madrid. Dykinson. Tercera edición, 17.

²¹ BORRICAND, J. (1957): La clause résolutoire expresse dans les contrats. *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 437-438. Citado en RODRÍGUEZ ADRADOS (*op. cit.*).

²² En la doctrina, CASTÁN considera la facultad del artículo 1124 del Código civil como una condición resolutoria tácita, y ROVIRA JAÉN (*op. cit.*, 1674), apunta que no es verdadera condición, por no derivar de la voluntad de los sujetos, sino de la misma Ley, aun cuando aquellos no la incorporen al negocio. Me alíneo más con este último, por las razones ya expuestas en relación con los artículos 1113 y 1115 del Código civil.

²³ Cuestión distinta será si el vendedor opta por reclamar el precio aplazado, en cuyo caso podrá acudir directamente al procedimiento ejecutivo, siempre y cuando conste el correspondiente pacto de liquidez en la escritura de compraventa a los efectos del artículo 573.1. 2.º LEC.

²⁴ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*op. cit.*). *Posesión y Propiedad* (2-6).

²⁵ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (*op. cit.*) *Posesión y Propiedad* (3-4).

²⁶ GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA VALDECASAS, M. (2002): *El leasing inmobiliario como garantía real anómala*. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 25 de abril de 2002. Anuario del Colegio Notarial de Madrid. Los razonamientos de este autor para considerar el leasing inmobiliario como garantía real atípica no son muy distintos en el fondo a los expuestos en este trabajo respecto de la CRE (en resumen, la causa última del leasing es garantizar al arrendador financiero el pago de lo que no deja de ser un precio aplazado del inmueble). El autor apunta: «*Lo que no podemos desconocer es que, tratándose de inmuebles, su adquisición por leasing o por compra con hipoteca son dos alternativas entre las cuales el usuario elige por razones estrictamente fiscales*».

²⁷ En el Derecho procesal, tenemos la «doctrina de la sustanciación», que ha sido avalada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo. En el Derecho penal tenemos el predominio de la doctrina finalista en la teoría del delito sobre la escuela neoclásica o neokantiana, así como la configuración de determinados delitos (la amenaza o la injuria) como intrínsecamente *circunstanciales*, con independencia de la literalidad de los elementos del tipo.

²⁸ Si la condición suspensiva consiste en el pago del precio, tampoco cabría hablar técnicamente de «condición» por lo antes expuesto, ya que no estaríamos ante un supuesto previsto en el artículo 1113 del Código civil.

²⁹ Según el Tribunal Supremo, esta tributación por AJD solo se da cuando la transacción esté sujeta a IVA —entendemos que por la incompatibilidad de AJD y TPO—.

³⁰ STS 693/2019, de 18 de diciembre (Sala Primera, de lo Civil): «*No obstante, como hemos declarado en múltiples resoluciones, los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son*».

³¹ SAP Valencia de 30 de noviembre de 2016: «*[...] tampoco se puede entender que por el cesionario se produce un enriquecimiento injusto por la diferencia del importe nominal de los créditos y el precio abonado, en la medida que, al ser objeto de la transmisión de créditos de dudoso o difícil cobro, se compensarán los créditos que se puedan realizar, con aquellos que resulten fallidos*».

³² Artículo 38-2.º de la Ley Hipotecaria de 1909: «*no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de terceros que haya inscrito su derecho...por no haberse pagado todo o parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripción haberse aplazado el pago*». Artículo 37-1.º de la Ley Hipotecaria de 1909: «*las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro pueden darse contra terceros*».

³³ GONZÁLEZ, J.: *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*. Madrid 1948. Citado en ROVIRA JAÉN, F.J. (1993): El pacto de la *lex commissoria* ... (*op. cit.*, 364).

³⁴ En esta línea tenemos a VALLET DE GOYTISOLO o a DE BUEN. Por su parte, la escuela italiana se inclina mayoritariamente por considerar el arrendamiento como derecho real. Cfr. GIORGIANNI, M. (1967): Los derechos reales (*op. cit.*, 721-722): Este autor desarrolla cómo es artificiosa la idea de que el derecho del arrendatario depende de un deber positivo del arrendador de hacerle gozar del bien momento a momento.

³⁵ Esta justificación en la evitación del desvalijamiento es coherente con la prohibición original del pacto de *lex commissoria* en Derecho romano, atribuido al emperador cristiano Constantino para reprimir las prácticas usurarias. Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., et al (2009). *Situaciones de cotitularidad* (*op. cit.*, 201).

³⁶ JORDANO FRAGA, F. (1992): La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil). *Anuario de Derecho Civil*, 221-224.

³⁷ DIEZ PICAZO, L. (1967): El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 462, 1285.

³⁸ Con perdón por la autocita, quien escribe estas líneas ha tratado la diferencia entre facultad y derecho en GARCÍA GARCÍA, A. (2014): Aspectos prácticos del

scrip dividend español. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 14. La Ley. Wolters Kluwer.

³⁹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*op. cit.*). *Situaciones de Cotitularidad* (358-361).

⁴⁰ Curiosamente, preceptos que no diferían en lo sustancial de este fueron anulados por el TC en el pasado. La STC 156/1993, de 6 de mayo, declaró inconstitucional el párrafo primero del artículo 2.º del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, que establecía: «*Las normas del Derecho civil de Baleares tendrán eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y serán de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil*».

⁴¹ Cfr. GINEBRA MOLINS, M.E. (2012): *Comentari al Llibre Primer del Codi Civil de Catalunya. Disposicions Preliminars. Prescripció y Caducitat*. Barcelona. Atelier. (74 y 82) y FLÓREZ MIRANDA, M.C. (2020): La prescripción extintiva en el Derecho Civil de Cataluña. Especial mención a los plazos de prescripción. Diferencias con el Código civil español. *Diario La Ley*, 16 de julio de 2020. Wolters Kluwer, 2-4.

⁴² Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1985): *El negocio jurídico*. Madrid. Civitas (21 y sigs.). La relación que existe entre negocio jurídico y contrato es de género a especie. Existen negocios jurídicos que no son contratos (como el testamento), pues se perfeccionan con una sola declaración de voluntad, mientras que en el contrato se necesitan dos o más. Los negocios jurídicos pueden ser *mortis causa*, mientras que los contratos necesariamente son inter vivos. Del mismo modo, cfr. STS de 17 de octubre de 2007, que dispone que no puede aplicarse el artículo 1124 del Código civil a los pactos matrimoniales, ya que los mismos no contienen obligaciones recíprocas en el sentido de que cada una de ellas no depende de la otra. En idéntica línea, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2004): La sucesión contractual, en *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5 (Derecho de Sucesiones).

⁴³ Este tipo de fondos prestan dinero a tipos de interés bastante más altos que los estándares de mercado a prestatarios que por razón de su solvencia o calidad crediticia no tienen acceso a financiación convencional.

⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, A. (2019): Hipoteca en mano común, retracto de coacreedores y conflicto de leyes: un caso práctico. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 774.

⁴⁵ ESQUIROL JIMÉNEZ, V. (2019): La condición resolutoria catalana en la DGDEJ, DGRN y TC. *Notar-ius*. [En línea], disponible en <http://www.notar-ius.com/2019/12/la-condicion-resolutoria-catalana-en-la.html>

⁴⁶ CABANAS TREJO, R. (2014): Cataluña, recurso gubernativo y discrecionalidad del registrador. *El Notario del siglo XXI*. [En línea], disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-55/3743-cataluna-recurso-gubernativo-y-discrecionalidad-del-registrador>: «*Alguien quizá piense que la sentencia del Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de enero, ha resuelto el problema, pero no lo creo así. El artículo 1 de la Ley catalana 5/2009, de 28 de abril, sigue diciendo lo mismo que antes del recurso (en realidad, lo mismo que la anterior Ley 4/2005), pues el recurso de inconstitucionalidad contra dicho precepto fue inadmitido [...]. Lo único que dice el TC en relación con este precepto es que se ha de interpretar restrictivamente; en concreto afirma la sentencia: «en coherencia con el alcance que hemos atribuido al título competencial del artículo 147.2 EAC, y más concretamente, en atención a lo que dispone el artículo 3.4 una vez que ha quedado depurado del exceso competencial en el que ha incurrido, la dición literal del artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 5/2009 en ningún caso puede dar lugar a entender que la competencia autonómica se extiende a la resolución de recursos gubernativos fundados en Derecho civil común o en otros Derechos civiles forales o especiales. 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».* Pero esta declaración ha de ponerse en relación con la pretensión del artículo 3.4 de la Ley, este sí declarado inconstitucional, de avocar para la DGDEJ la competencia sobre otros recursos conexos, aunque no alegaran la infracción de una norma del Derecho catalán. Por eso, según la interpretación del TC tampoco queda tan claro, cuando el recurso se funde «además» en el Derecho civil

común, que la DGDEJ pierda la competencia, siempre que la fundamentación del recurso descansa principalmente en el Derecho catalán. La convivencia entre ambos sistemas, y la misma unidad de la legislación hipotecaria, hace imposible en la práctica que en un recurso no se acabe colando la cita de alguna norma estatal, o de una Resolución de la DGRN».

⁴⁷ Código civil catalán y mercado español. *Derecho de los Negocios*, núm. 190-191. La Ley. Editorial. Julio de 2006.

⁴⁸ Esto sin perjuicio, como hemos dicho, de que en el futuro pueda volver a generalizarse su uso entre la población, ante las dificultades de acceso a la financiación bancaria. En tales casos, procederá realizar un análisis de abusividad siempre que las partes de la relación sean un empresario (v.g. una entidad inmobiliaria) y un consumidor (no así en compraventas de inmuebles entre personas físicas cuando ninguna de ellas actúe en el marco de su actividad mercantil, pues en esos casos no será aplicable la normativa de consumo).

⁴⁹ El artículo 325 CCom no incluye los bienes inmuebles dentro de las compraventas mercantiles. Pese a reticencias iniciales, la jurisprudencia ha admitido la naturaleza mercantil de las compraventas por razón de los sujetos implicados, cuando la compraventa se enmarca dentro de actividades eminentemente lucrativas (como sucede en nuestro caso). En este sentido, resulta especialmente interesante la lectura de la Sentencia 27/2007, de 10 de septiembre, del TSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal). A mayor abundamiento, el artículo 511-1 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil sigue el criterio de *mercantilidad* de la compraventa, siempre que estén sujetos al Código el comprador o el vendedor (sin distinguir entre los bienes objeto de la compraventa).

⁵⁰ FLÓREZ MIRANDA, M.C. (*op. cit.*, 7).

⁵¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1991): *Comentario al artículo 13 del Código civil*. En *Comentario del Código civil*. Volumen I, Madrid. Ministerio de Justicia (150-151).

*Trabajo recibido el 27-10-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

La accesión en el ámbito familiar

Accession at family level

por

FRANCISCO SANTANA NAVARRO

Profesor de Derecho civil

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN: Este trabajo analiza la aplicación de las normas reguladoras de la accesión artificial inmobiliaria al ámbito familiar, en el que con relativa frecuencia el propietario de un suelo o construcción preexistente inacabada autoriza a un familiar a que construya una vivienda para uso de este. Esta cesión habitualmente se realizará por los padres de uno de los cónyuges o miembros de la unión extramatrimonial para que estos construyan la que será su vivienda habitual. Pero, también, en otros supuestos simplemente se produce la cesión en favor de un solo familiar unido por vínculos de consanguinidad. Lo anterior resulta problemático cuando se producen crisis matrimoniales o de pareja y la correspondiente sentencia otorga el uso de la vivienda al miembro no unido por vínculo de consanguinidad con el cedente. También se generan conflictos cuando simplemente se resienten las relaciones familiares que sirvieron de causa para la cesión. Efectivamente, una vez producida la crisis familiar resulta frecuente que el propietario del suelo y, en su caso, de la edificación preexistente, pretenda la recuperación de la posesión con el consecuente desalojo de los constructores. Esta pretensión nos lleva a los artículos dedicados a la accesión artificial inmobiliaria, especialmente el artículo 361 del Código civil, que a su vez se remite al artículo 453 de este texto legal, preceptos que en determinadas circunstancias deberían modularse e incluso excluirse mediante una reforma legislativa.

ABSTRACT: *This paper analyzes how the rules about artificial real estate accession can be applied into the family environment, in which the owner of a pre-existing land or unfinished construction usually authorizes a family member to build a house for its use. This assignment will usually be made by the parents of one of the spouses or members of the extramarital union so that they can build what will be their habitual residence. But also, in other cases, it is simply made in favor of a family member linked by blood ties. There are often problems when there is a marital or partnership crisis and the corresponding judgment grants the use of the dwelling to the member not bound by blood relationship with the transferor.—Indeed, once the family crises have occurred, it is common for the owner of the land and, if applicable, of the pre-existing building, to seek the recovery of possession with the consequent eviction of the builders. This claim leads us to articles dedicated to the artificial real estate accession, especially article 361 of the Civil Code, which in turn refers to article 453 of this legal text, precepts that in certain circumstances should be modulated and even exclude means of a legislative reform.*

PALABRAS CLAVE: Derechos reales. Propiedad. Posesión. Accesión inmobiliaria. Comodato. Precario. Derecho de retención.

KEY WORDS: *Rights in rem. Ownership. Possession. Real estate access. Comodato. Precarious. Lien.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DISTINCIÓN DE LA ACESIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR DE LA CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA TERMINADA.—III. LA CONSTRUCCIÓN SOBRE SUELO AJENO FAMILIAR Y LAS NORMAS SOBRE LA ACESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA: 1. IDEAS PREVIAS. 2. LAS NORMAS SOBRE LA ACESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA: A) *Determinación de las reglas aplicables.* B) *Análisis del artículo 361 del Código civil:* a) Concepto de edificación. b) Efectos del artículo 361 del Código civil. c) Las limitaciones temporales al artículo 361 del Código civil y la usucapión. C) *Referencia al Código civil de Cataluña.*—IV. EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL INCORPORANTE EN SUELO AJENO FAMILIAR: 1. INTRODUCCIÓN. 2. GASTOS QUE OTORGAN DERECHO DE RETENCIÓN. 3. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR. 4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR.—V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ACESIÓN A LAS RELACIONES FAMILIARES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de los problemas que plantea la realización de obras por familiares en suelo de otro familiar, o incluso en una edificación preexistente de este. Con frecuencia tales obras se ejecutan por algún cónyuge o miembro de la pareja en suelo de algún familiar (normalmente los padres de uno de ellos), o en una edificación preexistente. Esta realidad resulta especialmente problemática cuando surge una crisis matrimonial o ruptura de pareja y se atribuye judicialmente el uso de la vivienda al cónyuge o miembro de la pareja no unido por vínculo de consanguinidad con el dueño del suelo o de la edificación preexistente. O, simplemente, cuando las relaciones familiares que permitieron la edificación se deterioran sin mediar tal crisis matrimonial.

Tras la referida crisis o ruptura no resulta extraño que el dueño del suelo o edificación preexistente pretenda el desalojo o desahucio del ocupante del inmueble al que no le une parentesco por consanguinidad, lo que genera un conflicto de intereses entre el edificante y aquel. También se da tal disputa cuando surge una crisis familiar entre el dueño del suelo y el edificante que lleva al primero a pretender la recuperación posesoria.

En la resolución de estos litigios convergen como normas potencialmente aplicables las relativas a la accesión inmobiliaria artificial (arts. 358 a 364 CC) así como las referentes a la posesión (especialmente el art. 453 CC), que establecen un régimen de abono de gastos realizados por el poseedor y un derecho de retención.

Los supuestos a estudiar deben deslindarse de la mera cesión del uso de una edificación terminada y dispuesta para ello, así como de la realización de obras diferentes a la edificación propiamente dicha, como veremos.

II. DISTINCIÓN DE LA ACCESIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR DE LA CESIÓN GRATUITA DE VIVIENDA TERMINADA

Resulta relativamente frecuente que un matrimonio o pareja de hecho construya la que será su vivienda familiar en un suelo ajeno, pero de origen familiar. Concretamente de los padres de uno de los miembros del matrimonio o pareja y, posteriormente, se atribuya un derecho de uso sobre la vivienda a uno de los cónyuges o miembros de la pareja en virtud de una sentencia que resuelva la crisis matrimonial o de pareja. O, simplemente, no exista esta crisis, pero sí un conflicto o distanciamiento familiar entre los edificantes y los dueños del suelo y, en su caso, construcción preexistente.

A poco que se repare, la realidad anterior es distinta de la cesión gratuita por los padres de uno de los cónyuges o miembros de la pareja de un inmueble terminado, para su uso como hogar familiar.

Las posibilidades de recuperación por los titulares dependen de cómo se califique esta cesión de uso de la vivienda: como un comodato o como un precario. Si estimamos presente un comodato, solo podrá recuperarse la posesión una vez vencido el plazo del comodato, o antes si se da urgente necesidad del comodante (art. 1749 CC); mientras que, si observamos un precario, el dueño puede reclamarla a su voluntad (art. 1750 CC). El criterio diferenciador entre ambas figuras es el plazo, que se da en el comodato, no así en el precario, lo que no resulta fácil de apreciar en la práctica porque la cesión no se suele plasmar en un documento (ORTEGA MELIÁN, 2018, 751-752).

Estas cesiones gratuitas de inmuebles terminados, una vez rota la convivencia, son calificadas por el Tribunal Supremo como precario, porque, aunque pudiera existir inicialmente un contrato de comodato para el uso familiar de la vivienda, desde el momento que quiebra la convivencia el ocupante se convierte en precarista; y, si desde el inicio no existió sino mera tolerancia, es un simple precarista (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 13 de noviembre de 2008)¹. Así, ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo, de Pleno, de 18 de enero de 2010 que *«cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario»*².

Se observa en algunos pronunciamientos (SSTS de 26 de diciembre de 2005 y 28 de febrero de 2017) la posible mutación de la posesión inicial amparada en un contrato de comodato, a una posterior sin título, una vez rota la convivencia; o que el precario es aquel que ha perdido su título para poseer o nunca lo ha tenido³.

Doctrinalmente se ha mantenido un concepto de precario que engloba aquellas situaciones en las que, de acuerdo con la jurisprudencia, puede ejercitarse el desahucio del antiguo artículo 1565 de la LEC de 1881. Nos referimos a la *posesión concedida* con carácter gratuito y revocable, como modalidad de comodato que se puede terminar a voluntad del comodante (art. 1750 CC); la *posesión tolerada*, y la *posesión sin título* (DÍEZ-PICAZO, 2008, 662 y sigs.)⁴.

En el caso de cesión gratuita por familiar de vivienda para constituir el hogar familiar, observamos una posesión concedida o, al menos, tolerada que, tras la voluntad de recuperación, se convierte en posesión sin título. Y esta situación no se ve alterada porque se atribuya su uso por una resolución judicial que no afectará a su propietario, ajeno a tal procedimiento; porque el tema se enfoca desde el punto de vista del derecho de propiedad

y no del derecho de familia, dado que las consecuencias del divorcio o separación no tienen que ver con los terceros propietarios (STS de Pleno, de 18 de enero de 2010)⁵.

III. LA CONSTRUCCIÓN SOBRE *SUELO AJENO FAMILIAR* Y LAS NORMAS SOBRE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA

1. IDEAS PREVIAS

La relativa facilidad con la que se resuelve la restitución de la posesión de viviendas cedidas gratuitamente contrasta con las dificultades o inconvenientes que conlleva la edificación por parte de los poseedores en un suelo o edificación preexistente de los padres o parientes de uno de ellos. Resulta más dificultosa la recuperación posesoria en estos casos al no tener por objeto, en puridad, algo entregado por el poseedor anterior, sino una construcción realizada por el actual, ya sea sobre un suelo cedido previamente o sobre una edificación originaria que será posteriormente modificada.

Esta construcción sobre un suelo o edificación ajenos nos lleva a las normas de la accesión (arts. 358 y sigs. CC) a cuyo estudio proyectado a nuestro supuesto familiar dedicaremos los epígrafes siguientes. Adelantar que, a pesar de que el artículo 361 del Código civil se refiere a suelo ajeno, los preceptos son también aplicables a construcciones realizadas sobre edificaciones ajenas (DÍEZ-PICAZO, 2008, 303, y LACRUZ BERDEJO, 2008, 133)⁶.

2. LAS NORMAS SOBRE LA ACCESIÓN ARTIFICIAL INMOBILIARIA

En este epígrafe determinaremos las reglas aplicables a la construcción sobre *suelo ajeno familiar*. A continuación, analizaremos el ámbito objetivo del artículo 361 del Código civil, así como sus efectos, para finalizar con el estudio de la relación del precepto con el instituto de la usucapión.

A) *Determinación de las reglas aplicables*

Aunque en teoría el juego de la actitud del dueño del suelo y del edificante permite cuatro combinaciones en función de la buena o mala fe de ellos, el Código civil las reduce a tres: existiendo la buena fe del edificante, para el Código civil es irrelevante la buena o mala fe del *dominus soli*, por-

que la mala fe del *dominus soli* solo operará para compensar la mala fe del edificante (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 491).

En relación con lo anterior, aunque a efectos dialécticos se estimara que existe en nuestro supuesto mala fe del edificante al conocer que construye sobre un suelo ajeno, fácilmente se puede sostener también la del *dominus soli* que permite en el ámbito familiar la construcción a su vista, ciencia y paciencia, porque precisamente en el objeto de estudio se da una autorización para ello o, al menos, se tolera. Y en el ámbito de la accesión la mala fe recíproca de edificante y dueño del suelo se compensan resultando aplicable el artículo 361 del Código civil por remisión del artículo 364 del mismo cuerpo legal (ALONSO PÉREZ, 1990, 394; LÓPEZ VILAS, 1993, 1024, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 494)⁷.

Además, la mala fe en el ámbito de la accesión no debemos identificarla exclusivamente con el conocimiento de la ajenidad del suelo, sino con la vulneración consciente de un derecho ajeno (ALONSO PÉREZ, 1990, 386). Puede haber buena fe más allá de la ignorancia de tal carácter extraño del suelo, esto es, aunque se conozca que el terreno no pertenece al edificante, si al menos se cree de modo diligente tener algún derecho que autorice a construir. Así, Díez-Picazo ha definido la buena fe como una conducta socialmente considerada como buena, obrando, por ello, con diligencia y que, por tanto, haya «una errónea creencia nacida de un error excusable sobre el dominio del suelo en que se construye o una errónea creencia, del mismo cariz, sobre el alcance del título que el constructor ostenta: el constructor cree que su título le faculta para construir» (DÍEZ-PICAZO, 2008, 286-287 y 301)⁸.

Si la buena fe en la accesión se identificara con la ignorancia de que el terreno sobre el que se edifica pertenece a otra persona, se reputaría de mala fe a todo edificante que conociera tal derecho de tercero, aunque existiera un contrato o tolerancia. Así, en nuestro caso se confirma la idea apuntada por otros acerca de la falta de coincidencia entre el concepto de buena fe posesoria y de buena fe en la accesión ya que en esta el error no será un presupuesto esencial, como por el contrario ocurre en materia posesoria. Aquí, la buena fe consiste en la ignorancia por parte del poseedor de que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalide de acuerdo con el artículo 433 del Código civil (RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑOS CASTRO, 2013, 3891 y sigs., y FEMENÍA LÓPEZ, 2013, 3049)⁹. Con claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1985 se refiere a estas diferentes concepciones de la buena fe al señalar: «el artículo 361 del Código civil donde no se valora la clase de posesión, índice de estar o tener, sino la acción de edificar, por lo que tampoco interviene el factor de la buena fe, como simple “estado de conocimiento”, característico de los derechos reales»¹⁰.

Sin embargo, LACRUZ observa que la buena fe del constructor es la exigida al poseedor para hacer suyos los frutos, sin admitir como título una simple autorización a edificar sin sanción (LACRUZ BERDEJO, 2008, 136)¹¹. En parecida línea, algunos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales descartan la buena fe en el ámbito familiar al identificar la requerida por el artículo 361 del Código civil con la creencia de ser dueño. Es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 8 de marzo de 2018, que estimó una demanda de desahucio por precario interpuesta por la propietaria de una finca sobre la que su hijo y esposa construyeron una vivienda en la que residieron hasta que recayó sentencia de divorcio que adjudicó el uso a su nuera en compañía del hijo de esta. La demandada sostuvo que la vivienda había sido construida con cargo a la sociedad de gananciales que mantuvo con su esposo, alegación que fue desestimada al conocer esta la ajenidad del terreno sobre el que edificó¹². Con el mismo conflicto de intereses, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 21 de junio de 2017 acordó el desahucio por precario de la pareja del hijo del actor, propietario del suelo, quien alegaba haber construido con su autorización, y rechazó la aplicación del artículo 361 del Código civil al apreciar la mala fe de la edificante, en tanto conocedora de que el terreno no le pertenecía¹³.

Disentimos de tales planteamientos. Nos resulta evidente que en el objeto de nuestro estudio existe buena fe del edificante al contar con el consentimiento o al menos con la tolerancia del dueño del suelo o, en su caso, del propietario de la construcción original sobre la que se ejecutan obras. Por lo que descartamos que la buena fe en la materia de nuestro trabajo consista en la creencia del constructor de que el suelo le pertenece¹⁴.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1999 estimó concurrente buena fe en el constructor por mediar consentimiento del dueño del suelo con el que se mantenía una relación familiar. Se trataba de una vivienda construida por un matrimonio en régimen de gananciales en la segunda planta de la vivienda perteneciente a los padres y suegros, respectivamente, de los cónyuges que cedieron el suelo de la terraza para tal fin. Uno de los cónyuges, concretamente el yerno, solicitó la declaración del dominio de la segunda planta a su favor, (cuya desestimación devino firme al no recurrirse) y, en su defecto, la condena al pago del coste de las obras en favor de la sociedad de gananciales. En primera instancia se aplicó el artículo 361 del Código civil, no así por la Audiencia Provincial al considerar que el convenio habido entre suegros y la sociedad de gananciales edificante excluye tal precepto, añadiendo que, si unos gastos autorizados no se reclamaron durante la vigencia del matrimonio, no lo pueden ser ahora¹⁵.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019 apreció buena fe en el matrimonio que había elevado una planta sobre

la vivienda de sus padres y suegros, respectivamente, por construirse con su consentimiento. Este pronunciamiento resolvió la demanda presentada por el antiguo yerno quien, por sí y en representación de la disuelta sociedad de gananciales, y en liquidación, que mantuvo con la hija de los demandados, reclamó a sus otrora suegros cantidades derivadas de la ejecución de las obras; pretensión a la que estos opusieron que se trataba de una posesión en concepto de precario. Tanto en primera instancia como en apelación se condenó a los demandados al pago del coste de las obras ejecutadas, argumentando la Audiencia Provincial que durante el matrimonio hubo un contrato de comodato y solo tras la ruptura un precario. Los padres y suegros, respectivamente, condenados interpusieron recurso de casación al considerar que la posesión fue en todo momento en concepto de precario, que el matrimonio carecía de buena fe al conocer que la casa en que se realizaron las obras no les pertenecía, y que si las ejecutaron fue para su comodidad durante su ocupación gratuita, por lo que aquella planta elevada debía quedar en beneficio de la propiedad sin derecho a indemnización. El Supremo apreció la buena fe del matrimonio en su día edificante por razón del consentimiento de los recurrentes señalando: *«en este caso la posesión es de buena fe aunque no sea a título de dueño —sobre todo si se tiene en cuenta que una de las poseedoras es hija de los titulares dominicales— y la construcción también se hizo con el conocimiento y consentimiento de la propiedad, sin que los demandados realizaran advertencia alguna en el sentido de que harían suya la obra sin indemnización, pese al derecho que les asistía de recuperar la posesión en cualquier momento»*¹⁶.

De la apreciación de la buena fe de los edificantes a partir del consentimiento del *dominus soli* se deriva, a su vez, que en el ámbito familiar no se precise ningún error excusable sobre la existencia de un título que habilite a poseer para apreciar la buena fe del poseedor, como de ordinario ocurre con la posesión¹⁷.

En definitiva, en los casos de construcción con consentimiento de familiares, habida cuenta de la buena fe, la norma *potencialmente* aplicable es el artículo 361 del Código civil, como ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019 que de modo diáfano señaló: *«en tal caso —posesión de buena fe y consentimiento del titular— la única alternativa del dueño sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 361 del Código civil, hacer suya la obra pagando su importe o reclamar a la sociedad de gananciales que haga suya la propiedad pagando el valor del terreno y de la construcción preexistente»*¹⁸.

Las normas sobre la accesión poseen carácter supletorio, por lo que no serán aplicables en los casos en que exista relación contractual entre las partes implicadas [ALONSO PÉREZ, 1990, 367 (nota 1) y 375, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158]¹⁹. Así, la Sentencia del

Tribunal Supremo de 14 de abril de 1998 no aplicó el artículo 361 del Código civil a unas obras ejecutadas en terreno ajeno motivadas por un contrato de arrendamiento *ad meliorandum*²⁰.

Para LACRUZ la mera tolerancia en la edificación no excluye las normas sobre la accesión, pues para desplazarlas se requiere una relación jurídica entre las partes (LACRUZ BERDEJO, 2008, 134). En este punto conviene señalar que las posesiones toleradas precisamente tienen como ámbito de desenvolvimiento las relaciones de familiaridad, a la vez que la tolerancia implica cierta dosis de voluntad en el sentido no de consentimiento sino de condescendencia o beneplácito (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 566).

Por su parte, DÍEZ-PICAZO aboga por una aplicación conjunta de las reglas de la accesión con las que disciplinan la relación existente entre las partes, aclarando que deben ceder los preceptos generales de la accesión cuando existan normas especiales o más concretas (DÍEZ-PICAZO, 2008, 298).

Veremos, que el Tribunal Supremo no excluye el artículo 361 del Código civil en el ámbito de las relaciones familiares, aunque modula, en beneficio del propietario del suelo y en función de las circunstancias concurrentes, el rigor de la remisión que el precepto hace al artículo 453 del Código civil.

B) Análisis del artículo 361 del Código civil

Como hemos argumentado en el epígrafe anterior, en los casos de construcción consentida por familiares propietarios del suelo o de la edificación preexistente, la norma potencialmente aplicable es el artículo 361 del Código civil que contempla literalmente el siguiente supuesto: «*El dueño del terreno en que se edificaré ...de buena fe*». A primera vista esta redacción se limita a la construcción sobre un *terreno*, por lo que parecería descartar a las obras realizadas sobre un edificio. Por ello, resulta preciso determinar el ámbito objetivo del artículo 361 del Código civil: la edificación a que se refiere el precepto.

A continuación, se analizarán los efectos que provoca la aplicación del artículo 361 del Código civil y, por último, los posibles condicionantes temporales del precepto y su relación con el instituto de la usucapión.

a) Concepto de edificación

Antes de centrarnos en las consecuencias que supone la aplicación del artículo 361 del Código civil, debemos determinar su ámbito objetivo: qué se entiende por edificación a los efectos del precepto. Se ha sostenido un

concepto amplio de edificación al que ha de aplicarse las normas de la accesión. Así, DÍEZ-PICAZO señala que «*dentro del concepto amplio (de edificación) que nuestro Código civil parece profesar, puede incluirse el concepto de reparación, que supone la reforma de carácter conservativo, y la ampliación de una edificación existente*» (DÍEZ-PICAZO, 2008, 297). En cambio, LACRUZ excluye las obras meramente conservativas, al afirmar: «*el concepto de obra, en el régimen de accesión tolera su extensión hasta comprender todas las operaciones sobre el inmueble que suponen una mutación, perfeccionamiento o acondicionamiento, y no conservación en sentido estricto*» (LACRUZ BERDEJO, 2008, 134).

Disentimos de que una obra de reparación en sentido estricto pueda dar lugar a la aplicación del artículo 361 del Código civil y permitir al dueño del suelo o de la construcción simplemente reparada obligar al incorporante (mero reparador) a comprar el suelo con lo preexistente. Si se ha rechazado que el asfaltado de viales sea una obra en el sentido del precepto estudiado por no comportar atribución de posesión²¹, menos entendemos que pueda serlo una mera obra de reparación, *stricto sensu*, claro está.

Asimismo, la obra ha de conllevar una incorporación definitiva y fija al suelo, o indisoluble. Pero no estimamos que en todo caso deba tratarse de una obra nueva, al caber en el precepto la edificación sobre una obra preexistente (DÍEZ-PICAZO, 2008, 297 y 303, y LACRUZ BERDEJO, 2008, 133). Bastantes pronunciamientos confirman lo anterior, como las analizadas Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1999 y 6 de noviembre de 2019, dictadas en supuestos de elevación de plantas sobre una edificación originaria²². También el Supremo ha aplicado el artículo 361 del Código civil a la reconstrucción de una vivienda inhabitable, como en su Sentencia de 9 de febrero de 2006²³.

Concretaremos aún más esta interesante cuestión cuando tratemos el derecho de retención del que dispone el incorporante de buena fe en caso de optar el *dominus soli* por hacer suya la obra, hasta el abono de la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código civil a los que se remite el artículo 361 del mismo cuerpo legal.

b) Efectos del artículo 361 del Código civil

En caso de edificación por el incorporante de buena fe, el artículo 361 del Código civil concede al dueño del suelo la opción entre «*hacer suya la obra...previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno*».

La buena fe relevante para este precepto será la existente durante la ejecución de las obras, porque la mala fe posterior no contamina el periodo

de buena fe (STS de 7 de octubre de 1949)²⁴. Pero además, si llegara a existir un derecho de retención, el poseedor que sigue detentando no se convierte en poseedor de mala fe al encontrarse en el ejercicio de un derecho legítimo (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 558).

Con todo, la adquisición de la propiedad de lo edificado por parte del dueño del suelo o de la construcción originaria no resulta automática. Por el contrario, el artículo 361 del Código civil le reconoce un derecho a optar entre hacer suya la obra pagando al edificante de buena fe su valor, u obligarle a este a adquirir el terreno²⁵.

Por tanto, el dueño del terreno ostenta un derecho potestativo o de configuración jurídica, es decir, un poder para decidir mediante un acto de su voluntad el destino final del fundo (DÍEZ-PICAZO, 2008, 301 y sigs., y STS de 31 de diciembre de 1987)²⁶. No obstante, el ejercicio de este derecho puede verse condicionado por la actitud previa del dueño, como ocurrió en el litigio resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 que estimó la pretensión indemnizatoria del incorporante por razón de las obras realizadas, y rechazó el motivo del dueño del suelo quien alegaba que el artículo 361 del Código civil le confería la opción a él, y no aquel. El fallo se basó en que el *dominus soli* había optado tácitamente por hacer suya la obra, previamente al litigio principal, al presentar demanda de conciliación para desalojar al incorporante²⁷.

La jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria estiman que, mientras no se ejercite tal opción, existirá una propiedad dividida, al no ser automática la adquisición por el dueño del terreno de la propiedad de lo construido. De modo diáfano la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1987 señaló: «*la res nova que aparece en la figura de la accesión no provoca en caso de buena fe declarada, sin más y por la sola constancia de lo edificado, un desplazamiento patrimonial sino mediante la opción determinada en el artículo 361 del Código civil*»²⁸. Así pues, existe una situación intermedia que supone la presencia de dos propiedades separadas: por un lado, el tercero es poseedor de buena fe del terreno, pero además ostenta un derecho de propiedad sobre la obra, pero no sobre el suelo, que sigue perteneciendo a su propietario originario (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158; LACRUZ BERDEJO, 2008, 137; LÓPEZ VILAS, 1993, 1.018, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 491). Es la llamada teoría de la propiedad o dominio separado que se ha impuesto. Según ella, mientras no se ejercite la opción prevista en el artículo 361 del Código civil el propietario del suelo no podrá ejercitar acción reivindicatoria sobre lo construido (entre otras, SSTs de 31 de diciembre de 1987, 22 de julio de 1993 y 26 de octubre de 1999, y *vid.* LÓPEZ VILAS, 1993, 1016, y LACRUZ BERDEJO, 2008, 134)²⁹.

En cambio, de acuerdo con la denominada teoría de la accesión automática por el dueño del terreno, sostenida por una minoría, la indemnización no estaría referida a la adquisición de la propiedad de lo edificado, sino de su posesión, de ahí la remisión al artículo 453 del Código civil que hace el artículo 361. ALONSO PÉREZ, defensor de esta tesis, se fundamenta en los antecedentes del Derecho Romano y Las Partidas que, para el autor, suponen «*la accesión automática por la sola vis atractiva de la cosa más importante —en este caso, el suelo conforme al principio superficies solo cedit...*» (ALONSO PÉREZ, 1990, 377 a 379)³⁰.

Volviendo a la tesis imperante, no basta con optar por la adquisición de lo construido, dado que el propietario del suelo ha de indemnizar, previa o simultáneamente, al incorporante (STS de 31 de diciembre de 1987)³¹. Por ello, para LACRUZ el derecho de retención en el supuesto del artículo 361 del Código civil resulta innecesario, ya que, por hipótesis, el dueño no puede reclamar la posesión de su finca ni recibir la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización (LACRUZ BERDEJO, 2008, 140).

Conforme al artículo 453 del Código civil, en determinados casos se reconoce un derecho de retención al poseedor actual, en nuestro objeto de estudio, el edificante. Efectivamente, el artículo 361 del Código civil no confiere tal derecho de retención, al limitarse a hablar de indemnización, pero la remisión se entiende realizada al régimen jurídico de la indemnización dentro del que se encuentra el derecho de retención (DÍEZ-PICAZO, 2008, 303).

c) Las limitaciones temporales al artículo 361 del Código civil y la usucapión

Aunque en el entorno familiar normalmente los incorporantes no poseen con la intención de hacer suya la obra y el suelo sobre el que han edificado, habida cuenta de que la edificación se fundamenta en una autorización, algunos pronunciamientos han tenido por objeto demandas declarativas de la propiedad interpuestas por aquellos frente a los propietarios del suelo o de la edificación preexistente modificada. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006 que versó sobre una demanda interpuesta por el hijo edificante frente a su madre para declarar en su favor la propiedad de lo edificado con fundamento en una pretendida cesión gratuita, sin haberse otorgado escritura pública, y con la petición subsidiaria de condena al abono del coste de lo ejecutado³². O la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 que tuvo por objeto una demanda presentada por el hijo contra su madre, ambos residentes durante años en una vivienda de protección oficial propiedad de esta, en la que el primero había realizado múltiples obras de mejora y de ampliación en la

creencia de que su progenitora, una vez que la Administración la dotara de título de propiedad, otorgaría a su favor escritura pública de compraventa cumpliendo con un alegado acuerdo verbal de transmisión³³.

Estas pretensiones nos llevan a su vez a dos cuestiones que *a priori* resultan más atendibles y que debemos estudiar: la prescripción del derecho concedido al *dominus soli* por el artículo 361 del Código civil, y la posible usucapión del suelo y, en su caso, construcción preexistente, por parte del incorporante.

Pues bien, el Código civil no determina el plazo de ejercicio del derecho reconocido por el artículo 361 del Código civil. Se ha discutido si resulta prescriptible o no, dado que algún autor defiende la aplicación del plazo prescriptivo de treinta años, propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles previsto en el artículo 1963 del Código civil (DÍEZ-PICAZO, 2008, 302); mientras que otros observan una facultad inherente al dominio que, como tal, resulta imprescriptible, aunque consideran que, una vez surgido el conflicto de intereses por la construcción en suelo ajeno, debiera haber un plazo prescriptivo para ejercitar la opción prevista en el artículo 361 del Código civil (RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑOS CASTRO, 2013, 3899 y 3900)³⁴. Sin embargo, para LACRUZ la división de dominios que supone la accesión, en tanto situación inestable de derechos mal definidos, permite considerar la opción como imprescriptible aplicando por analogía la regla de la imprescriptibilidad de la acción de división de herencia fijada en el artículo 1965 del Código civil (LACRUZ BERDEJO, 2008, 138-139)³⁵. En el otro extremo, ALONSO PÉREZ advierte que es obvia la prescripción si no se ejercita la opción, especificando que es un derecho potestativo que resulta difícil enmarcarlo como derecho real o personal, y que en todo no es viable el régimen de las acciones reales ni personales porque son muchos años para mantener separadas las propiedades (ALONSO PÉREZ, 1990, 373 y sigs.).

Consideramos que la situación de propiedad dividida que conlleva la accesión, en su entendimiento jurisprudencial y mayoritariamente doctrinal, no se puede prolongar indefinidamente por lo que debe otorgársele el plazo de prescripción de treinta años, propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles, desde la finalización de la ejecución de las obras. Ahora bien, sin perjuicio de lo que digamos en el epígrafe V acerca de la posible atribución de tal opción al incorporante, en el ámbito familiar no tiene sentido tal cómputo, porque se construye y se posee con la autorización de un familiar en un contexto de buenas relaciones. Será, por tanto, con la ruptura de aquellas cuando se den las condiciones para que el propietario del suelo haga valer la opción del artículo 361 del Código civil.

Con independencia del plazo de prescripción atribuible al artículo 361 del Código civil, debemos preguntarnos si en el ámbito de nuestro estudio

resulta posible la usucapión por el edificante. Fuera del contexto familiar se ha admitido con carácter general la prescripción adquisitiva por el incorporante en suelo ajeno (ALONSO PÉREZ, 1990, 375; LÓPEZ VILAS, 1993, 1016; Díez-PICAZO, 2008, 302; RUIZ-RICO RUIZ y CASTAÑOS CASTRO, 2013, 3899, y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 82). Sin embargo, para LACRUZ la usucapión solo cabría a favor del dueño del terreno, lo que además requeriría que el incorporante deje de poseer, añadiendo que *«la situación normal, de posesión por uno a título de incorporante, y por otro de apariencia de propiedad no discutida, es obstáculo a la reunión de los derechos por prescripción adquisitiva»* (LACRUZ BERDEJO, 2008, 139). Efectivamente, de acuerdo con la tesis mayoritaria de la propiedad dividida, mientras el propietario del suelo no ejercite la opción conferida por el artículo 361 del Código civil, el edificante será poseedor del terreno y propietario de la obra (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158). Y esto, por principio, impide la posibilidad de usucapir por parte del *dominus soli*.

En cuanto a la usucapión por el edificante, tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria requieren de una posesión en concepto de dueño (art. 1941 CC). Tal presupuesto se nos presenta de difícil concurrencia en las relaciones familiares, donde la edificación y posterior posesión se basan en una tolerancia que, como tal, es inhábil para adquirir el dominio al disponer el artículo 1942 del Código civil que no aprovechan para la posesión los actos ejecutados por mera tolerancia del dueño, y el artículo 444 que estos actos meramente tolerados no afectan a la posesión. Precisamente se ha señalado que tales actos tolerados son fundados en relaciones de amistad, de buena vecindad o de familiaridad (DÍEZ-PICAZO, 2008, 663).

Ahora bien, resulta posible la mutación del concepto en el que se posee, también llamada inversión o interversión posesoria, en virtud de la cual el poseedor por otro concepto puede pasar a serlo en concepto de dueño, lo que posibilita el artículo 436 del Código civil al limitarse a presumir *iuris tantum* que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió. Esta inversión posesoria se ha llegado a admitir incluso en los supuestos de posesión en concepto de precario en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1957 que señaló que tal posesión no resulta hábil para la usucapión *«a menos que se le oponga un acto contrario o autónomo por parte del poseedor inmediato, incompatible con la precariedad inicial»*³⁶. No obstante, esta mutación es de apreciación restrictiva, pues no solo precisa una voluntad o *animus* del poseedor, sino además su exteriorización por *contradictio* u oposición al poseedor en concepto de dueño, llevada a cabo mediante actos realizados por quien poseía en concepto distinto (SSTS de 18 de septiembre de 2007 y 28 de noviembre de 2008)³⁷.

Suponiendo tal inversión posesoria, no estimamos posible la prescripción ordinaria al exigirse buena fe y justo título (art. 1940 CC), que entendemos no concurrirá en el ámbito familiar. La buena fe en materia de derechos reales es diferente a la exigida por el artículo 361 del Código civil. En materia posesoria se define acudiendo al artículo 433 del Código civil que señala «*se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide*»; y también al artículo 1950 del mismo texto que dicta «*consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio*»³⁸. Por el contrario, en la accesión hemos visto que la buena fe se ha apreciado por el consentimiento de los dueños del terreno a la ejecución de las obras (STS de 6 de noviembre de 2019). Por ello, entendemos que puede concurrir buena fe a los efectos del artículo 361 del Código civil, pero no a los de la usucapión.

Sin embargo, DÍEZ-PICAZO señala en cuanto al constructor de buena fe que «*será un poseedor de buena fe del terreno, o de la obra al menos, en el caso de que no haya perdido la buena fe inicial*». De lo anterior, parece desprenderse que el autor contempla la traslación de la buena fe de la accesión al ámbito de la usucapión, y es que la primera la define como la creencia de que su título le faculta a construir (DÍEZ-PICAZO, 2008, 301 y 302)³⁹. Esto nos resulta admisible en los supuestos típicos de accesión, en los que la edificación resulta espontánea, sin previa relación entre las partes; pero en el ámbito específico de las relaciones familiares no se trata de una creencia sobre un título que habilite la construcción, sino de una autorización del *dominus soli*. Así pues, desaparecerá cualquier atisbo de buena fe desde que este se muestre contrario a que el incorporante continúe en la posesión.

Menos aún estimamos que el edificante posea con justo título, salvo que obtenga la inscripción registral del inmueble (art. 35 LH). El justo título, conforme al artículo 1952 del Código civil, consiste en «*el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real*», por lo que se requiere del justo título simplemente la aptitud en abstracto para haber producido la transmisión, si bien adolece de algún defecto que salva la usucapión (entre otras, SSTs de 28 de diciembre de 2001 y 29 de octubre de 2007)⁴⁰. No obstante, ALONSO PÉREZ estima que la accesión confiere justo título de acuerdo con la regla *accessorium sequitur principale* que puede jugar a favor del constructor si el suelo tiene menor valor que la construcción (ALONSO PÉREZ, 1990, 375)⁴¹. Pero no consideramos la accesión como justo título cuando parte de la tolerancia o la autorización que se da en el ámbito familiar estudiado, dado que no presentan, ni en abstracto, eficacia traslativa del suelo y, en su caso, construcción preexistente a favor del incorporante.

Únicamente apreciamos la posibilidad de una prescripción extraordinaria por plazo de treinta años si se diera la inversión posesoria del incorporante, que debe interpretarse de modo restrictivo al requerir actos

inequívocos y ser probada (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 106). Por tanto, cabría plantearse un posible inicio del plazo de esta prescripción adquisitiva en momento posterior al idéntico en duración atribuido al artículo 361 del Código civil, que se computará desde la ruptura de las relaciones familiares.

C) Referencia al Código civil de Cataluña

Por su carácter relativamente reciente, procede analizar la regulación que hace el Código civil de Cataluña del instituto de la accesión en su Libro Quinto, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo. En este libro se contiene una ordenación detallada de la accesión inmobiliaria, en la subsección segunda del capítulo II, *Títulos de adquisición exclusivos del derecho de propiedad* (arts. 542-3 a 542-14).

El artículo 542-3 del Código civil de Cataluña atribuye con carácter general la propiedad de las edificaciones a los propietarios de la finca en que se realicen, consagrándose así el principio *superficies solo cedit* de modo equiparable al artículo 358 del Código civil. Y el artículo 542-4 del Código civil de Cataluña presume que tales edificaciones se han realizado por los dueños del suelo, al igual que el artículo 359 del Código civil.

De particular interés para el objeto de este trabajo resultan los artículos 542-7 y 542-9 del Código civil de Cataluña, puesto que ofrecen diferentes soluciones en atención a la relación de valor que exista entre la construcción y el suelo, a la vez que contemplan no solo la construcción realizada totalmente en suelo ajeno, sino también la ejecutada parcialmente en suelo ajeno, todo lo cual supone un adelanto en materia de accesión. Por la mencionada regulación simultánea y el objeto de nuestro trabajo (que no abarca los supuestos de construcción extralimitada) nos ceñiremos al análisis de las consecuencias provocadas por la edificación realizada íntegramente en suelo ajeno de buena fe, puesto que en el ámbito familiar partimos de su existencia por contarse con el consentimiento o la tolerancia del dueño del suelo.

Realizadas las anteriores precisiones, en el supuesto de que el valor del suelo invadido fuese superior al de la construcción realizada de buena fe, el artículo 542-7 del Código civil de Cataluña confiere al *dominus soli* el derecho a optar por hacer suya la edificación pagando al constructor su valor, u obligar a este a adquirir el suelo. Esta ordenación resulta equiparable a la opción concedida por el artículo 361 del Código civil. Ahora bien, a diferencia del último precepto, que guarda silencio sobre el plazo de ejercicio de la opción, el artículo 542-7 en su apartado 2 impide al propietario del suelo adquirir lo edificado de buena fe una vez transcurridos tres años desde

la finalización de la construcción, pasados los cuales solo podrá obligar al constructor a adquirir el suelo invadido.

Por su parte, el artículo 542-9 del Código civil de Cataluña regula el caso de que el valor del suelo sea inferior o igual al de la construcción realizada de buena fe, lo que resulta un avance en la materia, dado que el artículo 361 del Código civil no atiende a tal relación de valor. Así, el primer apartado del precepto obliga al *dominus soli* a ceder la propiedad del suelo al constructor siempre que este le indemnice con el valor del suelo más los daños y perjuicios causados y la edificación constituya una unidad arquitectónica que no sea materialmente divisible. Por tanto, de ser el valor de la construcción superior o al menos igual al del suelo no regirá el principio *superficies solo cedit*, al resultar lo principal la edificación y no el suelo.

IV. EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL INCORPORANTE EN SUELO AJENO FAMILIAR

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 361 del Código civil, en caso de buena fe del incorporante, concede al *dominus soli* el derecho a hacer suya la obra previa indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del mismo cuerpo legal. El artículo 453 del Código civil concede un derecho de retención en favor del poseedor de buena fe hasta el abono de determinados gastos que veremos en el epígrafe siguiente, como también ordena el artículo 569-3 del Código civil de Cataluña.

En materia de abono de gastos se ha señalado que si la posesión obedece a mera tolerancia deberían aplicarse de forma analógica las reglas del contrato de comodato y no el artículo 453 del Código civil (GRIMALT SERVERA, 2013, 3697). Este esquema, observamos, no encaja en los casos estudiados en los que existe algo más que una tolerancia a poseer, al haberse consentido la edificación. Además, si se estimase que el edificante en el ámbito familiar es un mero comodatario, no tendría derecho de retención ni por razón de las expensas realizadas en la cosa (art. 1747 CC)⁴², que pueden ser bastante considerables. De ahí que no podamos restarle valor a la calificación de la situación posesoria como comodato o precario en nuestro estudio, como contrariamente hizo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2019. Efectivamente, tal pronunciamiento señaló que la naturaleza de la posesión (comodato o precario) no variaría la condena al abono de las obras realizadas conforme al artículo 361 del Código civil, al apreciar buena fe en el matrimonio que había elevado una planta sobre la

vivienda de sus padres y suegros, respectivamente, por construirse con su consentimiento⁴³.

Observamos que en el ámbito familiar la autorización para edificar conferirá al edificante un título para poseer, o mejor dicho, para seguir poseyendo cuando se revoque la tolerancia, hasta que se le abonen los conceptos que veremos. Pero solo en determinados casos porque —adelantamos— no siempre se le reconocerá un derecho de retención.

Por tanto, estimamos aplicable el régimen de los artículos 453 y 454 del Código civil al ámbito familiar. Sin embargo, para LACRUZ la forzosa indemnización previa por el propietario del suelo hace innecesario el derecho de retención en los casos de edificación de buena fe. Agudamente señala el autor *«mas tal derecho es aquí innecesario, dado que, por hipótesis, el dueño no puede reclamar la posesión de su finca ni recibir la propiedad de lo construido mientras no abone la indemnización»* (LACRUZ BERDEJO 2008, 140).

2. GASTOS QUE OTORGAN DERECHO DE RETENCIÓN

El artículo 454 del Código civil se refiere a los gastos de puro lujo o recreo que no son abonables a ningún poseedor, por lo que no otorgan derecho de retención. Solo permiten que el poseedor vencido que ha efectuado tales gastos suntuarios pueda llevarse los adornos y ornamentos añadidos a la cosa principal (*ius tollendi*), siempre que la cosa no sufra deterioro (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 577)⁴⁴.

Debemos centrarnos, por tanto, en el artículo 453 del Código civil referido a los gastos necesarios y útiles. Este precepto impone el abono de los gastos necesarios a todo poseedor (en nuestro caso el edificante), con otorgamiento de un derecho de retención al que lo sea de buena fe, hasta su pago. Y en cuanto a los gastos útiles, obliga a abonarlos solo al poseedor de buena fe, con igual derecho de retención. En este último caso, el párrafo segundo concede al poseedor vencedor la opción entre pagar los gastos útiles o el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

El reembolso de estos gastos necesarios y útiles tiene por finalidad evitar un enriquecimiento indebido del dueño del suelo (DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 576, y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 96)⁴⁵. No obstante, se ha precisado que como los gastos útiles solo se abonan al poseedor de buena fe, el legislador ha aplicado un criterio de equidad al ordenar solo tal pago y permitir el enriquecimiento del vencedor en caso de mala fe del vencido (MARTÍN PÉREZ, 1993, 397).

Por gastos necesarios se entienden aquellas impensas que resultan imprescindibles para la conservación de la cosa, de tal forma que de no haberlas llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido (STS

de 3 de diciembre de 1991)⁴⁶. Comprenden, así pues, las obras ordinarias de reparación y conservación (DÍEZ-PICAZO, 2008, 767). En cambio, gastos útiles son aquellos que dan como resultado un incremento de valor de la cosa y se relacionan con su mejora (MARTÍN PÉREZ, 1993, 396, y DÍEZ-PICAZO, 2008, 767).

De acuerdo con estos conceptos de gastos necesarios y útiles conjugados con la buena fe del edificante que impera en el ámbito familiar, el panorama complica la recuperación posesoria por los propietarios del suelo sobre el que se ha edificado por su hijo o hija y el consorte o pareja de este. Porque conforme al artículo 453 del Código civil no se podría recuperar el suelo sobre el que se ha edificado sin abonar el coste de las obras de carácter necesario o útiles al poseedor de buena fe, que será la regla en nuestro supuesto de estudio. Sin embargo, el reconocimiento de tal derecho de retención no se muestra tan diáfano en su aplicación práctica a los casos de accesión. Señalar además que su apreciación debe realizarse de forma restrictiva, sin ser extensible a otros supuestos diferentes a los legales (DÍEZ-PICAZO, 2008, 769, y DE BUSTOS GÓMEZ RICO, 2006, 425).

3. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Estudiaremos a continuación una serie de decisiones en las que las circunstancias particulares resultan determinantes de cara al reconocimiento del derecho de retención del edificante de buena fe (art. 453 CC).

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2006 se permitió al hijo retener la vivienda edificada en un terreno de su madre en el que se encontraba una vivienda en estado de semi ruina o inhabitable perteneciente a esta última. Para el Supremo el hijo no es un poseedor sin título dado que la madre le permitió edificar, por lo que no es un precario⁴⁷.

En este pronunciamiento se aprecia que el título que le permite retener al edificante es el consentimiento de la madre⁴⁸. No obstante, veremos que exactamente no es solo tal consentimiento el que le otorga título.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1984 niega al edificante un derecho de retención en un supuesto en el que la hija y su esposo ejecutaron pequeñas obras en la vivienda de la madre de la primera, tales como colocar ventanas y retrete⁴⁹. Esta sentencia señala que la posesión que solo obedece a concesión graciosa es un precario. Contrasta este pronunciamiento con la Sentencia citada anteriormente de 9 de febrero de 2006 en la que se consideró que el título se otorgó al edificante al autorizarle a ello su madre. Pero observamos que en esta sentencia de 1984 ha jugado un papel relevante la escasa entidad de las obras realizadas por la hija y

su esposo ya que la construcción de la vivienda estaba avanzada antes de la cesión por la madre de la primera.

De acuerdo con esa sentencia, el derecho de retención exige que las obras las realice quien posea con título y de buena fe, para que al ser vencido en la posesión pueda esgrimir el artículo 453 del Código civil y continuar poseyendo, pero ahora por vínculo distinto⁵⁰.

Sin embargo, para el nacimiento del derecho de retención se precisa algo más que la posesión de buena fe durante la ejecución de las obras, porque en la sentencia comentada de 1984 había mediado una concesión graciosa. Lo que ocurre es que cualquier obra no da derecho a retener lo edificado.

Esta idea se ve confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 que en juicio de desahucio negó el derecho de retención al haber ejecutado el poseedor obras de conservación y mejora que no pueden considerarse edificación. Se trataba de unas obras consentidas por los propietarios de un edificio a su hijo y nuera, respectivamente, para adecuar la vivienda a las necesidades familiares de estos y el local al negocio que regentaban⁵¹. En esta ocasión el Supremo no apreció que hubiera posesión con título y descartó aplicar la doctrina sentada en la Sentencia de 9 de febrero de 2006 porque en el caso resuelto por esta, a diferencia del supuesto que dio lugar a la sentencia comentada, sí poseía con título, por lo que había posesión civil y no mera detentación. Esta Sentencia de 7 de marzo de 2018 concreta la diferencia entre los supuestos de ambos pronunciamientos desde la perspectiva de la entidad de las obras, al señalar que la posesión civil en la sentencia del año 2006 se sustentaba en la construcción de una vivienda nueva, que no fueron simples mejoras⁵². Simplemente hacer un inciso acerca de la referencia de esta sentencia del año 2018 a la posesión civil que, al equipararse comúnmente a la posesión en concepto de dueño, tiende a generar confusión en nuestro ámbito, dado que el edificante en el contexto familiar por lo normal no posee con la intención de hacer suya la cosa⁵³, salvo inversión posesoria analizada al tratar una posible usucapión en el epígrafe relativo a las limitaciones temporales al artículo 361 del Código civil.

Aunque el Tribunal Supremo, en algún pronunciamiento como el comentado de 7 de marzo de 2018, limite el derecho de retención al poseedor civil, entendemos que en los casos que estudiamos es la remisión del artículo 361 del Código civil al artículo 453 la que otorga (en teoría) la retención a todo edificante, y no el concepto en el que posee.

Señalar que algunas Audiencias Provinciales también han admitido el derecho de retención en el ámbito familiar cuando se han ejecutado obras sobre suelo ajeno (SAP de Murcia de 27 de septiembre de 2018 y SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2012)⁵⁴ o sobre construcciones ajenas (SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2013; SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2018)⁵⁵, o bien se

ha transformado una edificación preexistente en vivienda (SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007)⁵⁶. Otros fallos han negado el derecho de retención al incorporante por tratarse de obras de reparación (SAP de Murcia de 17 de abril de 2019)⁵⁷.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL ÁMBITO FAMILIAR

Al decidirse sobre el reconocimiento del derecho de retención, en la relación de poseedor-edificante, juega un papel destacado la entidad de las obras, como hemos comprobado en el epígrafe anterior. No bastará, por tanto, con la buena fe de quien construye, que en el entorno familiar es de fácil apreciación al contar, por lo normal, con el consentimiento o al menos tolerancia del dueño del suelo o construcción original.

Las obras ejecutadas serán las que doten de un título al poseedor que le permita seguir poseyendo, una vez sea vencido en la posesión, hasta que se le abonen los gastos previstos en el artículo 453 del Código civil. No ha habido inicialmente un mero comodato convertido en precario cuando se revoca la tolerancia, como ocurre en el supuesto de cesión gratuita de obras terminadas. Como señalamos anteriormente, si hubiera un mero comodato el comodatario no podría retener ni siquiera por gastos útiles, al no haber derecho de retención por razón de las expensas realizadas en la cosa (art. 1747 CC).

Resultan diferentes los gastos que dan derecho a retención en el ámbito de la accesión (art. 361 CC) de los que permiten retener en la posesión pura (arts. 453 y 454 CC). En el ámbito de la accesión la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 niega el derecho de retención al edificante de buena fe que haya realizado gastos necesarios como obras de reparación, cosa que no ocurre con las reglas de la posesión (cfr. art. 453 CC). Hasta el punto de que, incluso gastos útiles como mejoras, no dan lugar en el terreno de la accesión al derecho de retención⁵⁸ y, en cambio, el artículo 453 del Código civil lo concede al poseedor de buena fe hasta su cobro.

Observamos que el Supremo al distinguir los supuestos de las Sentencias de 7 de marzo de 2018 y de 9 de febrero de 2006 (en las que, respectivamente, niega y reconoce el derecho de retención) se fundamenta en que el consentimiento para ejecutar las obras se manifiesta de forma menos contundente cuando se trata de obras de escasa importancia⁵⁹.

Nuestro Código civil no otorga en su artículo 453 derecho de retención en atención a la entidad o importancia de las obras realizadas, al concederlo incluso para el abono de las obras necesarias. No obstante, observamos plausible esta doctrina, porque nos resulta algo desproporcionado impedir la restitución de la edificación a su propietario con motivo de la realización de

unas pequeñas obras con su consentimiento, por parte de los que asimismo han venido disfrutando de la vivienda y a los que en suma les ha aprovechado.

También se puede valorar la jurisprudencia desde el punto de vista del ámbito de la accesión. Efectivamente, no toda obra ejecutada en suelo ajeno o en una construcción preexistente da lugar a la aplicación del artículo 361 del Código civil. Así, LACRUZ defiende que ha de tratarse de una mutación, perfeccionamiento o acondicionamiento, descartando las meramente conservativas (LACRUZ BERDEJO, 2008, 134).

Tal vez podría argumentarse como razón diferenciadora el objeto en sí del derecho de retención. Este derecho debe limitarse a las obras realizadas y no extenderse al todo, por lo que resulta de difícil aplicación cuando no nos encontramos ante nuevas edificaciones sino ante simples mejoras⁶⁰. Y es que los intereses en juego no son los mismos que los presentes en un contrato de obra mobiliaria que autorizan al contratista a retener la cosa sobre la que se ha ejecutado la reparación, conforme al artículo 1600 del Código civil, para conseguir el pago del precio.

Con todo, no dejamos de percatarnos de que, a menor importancia de las obras realizadas por el poseedor de la vivienda, más se asemejará el supuesto al de cesión gratuita de una vivienda terminada. Por lo que resulta fácil entender que no difieran las soluciones de los casos fronterizos dentro de cada uno de estos dos grupos de supuestos.

Así pues, cuanto menos importante sean las obras ejecutadas por el poseedor con la tolerancia o autorización del dueño, mayor protagonismo adquirirá la tolerancia en la posesión. Y hemos visto que las cesiones gratuitas de inmuebles terminados, una vez rota la convivencia, son calificadas por el Tribunal Supremo como situaciones de precario porque, aunque pudiera existir inicialmente un contrato de comodato para el uso familiar de la vivienda, una vez rota la convivencia el ocupante se convierte en precarista; y si desde el inicio no existió sino mera tolerancia, entonces con más motivo debe ser considerado un simple precarista⁶¹.

V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE ACCESIÓN A LAS RELACIONES FAMILIARES

El edificante, con carácter general, es poseedor al edificar, pero además en el entorno familiar se da la circunstancia de que las obras se consienten en la hipótesis estudiada. A ello se une que además de edificar, se hará uso del inmueble de forma gratuita y consentida hasta que, fruto de la crisis matrimonial o de pareja o por simple deterioro de las relaciones familiares, el propietario del suelo o construcción preexistente pretenda la recuperación de la posesión.

Comparemos esta descripción con las consecuencias de la aplicación del artículo 361 del Código civil al ámbito familiar, precepto que puede imponer incluso una compra forzosa del suelo por parte del incorporante. Otro tanto ocurre con la regulación del artículo 542-7, apartado 1, del Código civil de Cataluña, como vimos al tratar la ordenación de la accesión por este cuerpo normativo (epígrafe III.-2 C).

Por tanto, debemos cuestionarnos si nuestro supuesto tiene perfecto encaje en los preceptos de la accesión, si nos encontramos ante una accesión propiamente dicha, entendida como construcción sobre un suelo ajeno, sin previa relación entre las partes. En nuestro caso desde su génesis ambas partes saben que se está edificando sobre un suelo ajeno, pero además sin vulnerar ningún derecho, sin tener sentido indagar sobre la buena o mala fe del *dominus* que lo ha cedido. Tampoco tiene sentido cuestionar la buena fe del incorporante a quien en nuestro caso en ningún supuesto se le podrá obligar a demoler lo construido, como si fuera de mala fe. Porque durante la ejecución de las obras ha habido buena fe, que no se ve contaminada por la oposición posterior del dueño del suelo que pretende recuperar la posesión (STS de 7 de octubre de 1949)⁶².

Así, con gran claridad la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1990, descarta la accesión cuando medie relación previa entre las partes: *«es absolutamente inatendible la postulación del recurrente... de aplicar al caso la normativa civil —artículos 361 y concordantes del Código— que rige la accesión, la cual contempla, por definición, el supuesto de que quien planta, edifica o siembra no está vinculado al efecto con el propietario del suelo por una relación obligatoria contractualmente asumida»*⁶³.

Además, como sostuvimos no tendría sentido limitar temporalmente la opción que concede el artículo 361 del Código civil, computando el plazo de prescripción de treinta años propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles desde la ejecución de las obras, porque en el ámbito familiar, ante edificaciones consentidas o al menos toleradas, no debería iniciarse tal cómputo sino a partir del surgimiento del conflicto. Lo anterior se entiende sin perjuicio de una posible usucapión que, sin embargo, en nuestro ámbito hemos apreciado restrictivamente al basarse la posesión del incorporante en una tolerancia que, como tal, es inhábil para usucapir (art. 1942 CC) salvo inversión posesoria.

Cuando se edifica en virtud de una relación jurídica entre el edificante y el dueño del terreno, algunos autores abogan por aplicar directamente los artículos 453 a 458 del Código civil sobre liquidación de estados posesorios (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 159). En tal caso, el dueño del suelo no tendría la posibilidad de forzar al incorporante a la compra del terreno de acuerdo con el artículo 361 del Código civil.

Dicho esto, aunque se pudiera pensar en aplicar simplemente el artículo 453 y no el artículo 361, todos ellos del Código civil, y tratar al edificante como un poseedor sin más, debe seguir jugando un papel relevante la edificación realizada. De lo contrario se podría calificar el fenómeno atendiendo en exclusiva a la concesión graciosa del uso, como mero comodatario, sin reconocérsele derecho de retención por gastos, ni tan siquiera por los útiles (cfr. art. 1747 CC). Por este camino se calificaría la construcción en el ámbito familiar del mismo modo que la cesión de gratuita de viviendas, cuando son dos realidades diferentes como apuntamos al inicio de este trabajo.

En cuanto a la opción conferida por los artículos 361 del Código civil y 542-7 del Código civil de Cataluña, al propietario del suelo en el que se ha edificado de buena fe, y que puede llevar a imponer una compra forzosa al incorporante, debemos tener en cuenta lo anacrónico del principio *superficie solo cedit*, porque no siempre el suelo posee un valor superior a lo edificado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 157)⁶⁴. Así, el artículo 542-9 del Código civil de Cataluña, de presentar la construcción un valor igual o superior al suelo, obliga al *dominus soli* a ceder la propiedad de este al constructor siempre que sea indemnizado con el valor del suelo más los daños y perjuicios causados. Lo anterior debe ponerse en juego de forma especial en los casos estudiados, en los que la edificación no es espontánea, no se trata de un mero edificante de buena fe, sino, nada más y nada menos, que permitida por el propietario del suelo y, en su caso, de la construcción originaria, a quien de aplicarse el artículo 361 del Código civil sin más se le daría la opción que conocemos.

Si se ha construido jurisprudencialmente la teoría de la accesión invertida sobre la buena fe del edificante, o regulada por el Código civil de Cataluña con idéntico presupuesto ¿por qué no permitirla en nuestro ámbito, cuando no solo media buena fe, sino incluso tolerancia o autorización del *dominus*?

Por tanto, proponemos una regulación especial y diferenciada de la normativa general de la accesión, que otorgue al edificante en el ámbito familiar la opción de adquirir el suelo y no al *dominus soli*, cuando la construcción posea un valor relevante en relación con el terreno. Esto es, dada la diferencia apuntada con los supuestos de accesión invertida habida cuenta de la existencia de autorización, no debería exigirse que la construcción realizada posea un valor superior o igual al del suelo.

Si la obra no tiene ese valor relevante, pero constituye una edificación de importancia, abogamos por aplicar el artículo 453 del Código civil de tal manera que el *dominus soli* solo pueda pretender recuperar la posesión, previo abono de las obras, sin desconocer, por tanto, el hecho de la edificación con derecho de retención si la entidad de la obra lo justifica. Pero sin que se pueda obligar al incorporante a realizar una compra forzosa del suelo.

Y es que tal compra forzosa a instancia del *dominus soli* se complica aún más en los casos de construcción sobre una edificación preexistente, ya que el incorporante habrá de pagar el valor de la edificación originaria, y no solo el del suelo (STS de 6 de noviembre de 2019)⁶⁵. Dicha obra anterior puede resultar bastante importante en relación con lo ejecutado *ex novo*. Esto podría estar ausente en la economía de relación en la mayoría de los casos: una compra forzosa de una construcción preexistente bastante valiosa en relación con lo ejecutado que debiera sumarse al valor del suelo.

En resumidas cuentas, la accesión en el ámbito familiar debe ser objeto de una regulación específica que atienda a la renombrada particularidad de la previa autorización por parte del propietario del suelo. Mediante una reforma del Código civil, así como del Código civil de Cataluña podría concederse al edificante, siempre que la obra ejecutada tuviera un valor relevante en relación al suelo y, en su caso, a la obra originaria, la opción entre adquirir el suelo y lo preexistente, o exigir al propietario el abono del coste de lo ejecutado, con derecho de retención.

En cambio, si la obra ejecutada no tuviera ese valor relevante en relación con el suelo y, en su caso, con la edificación preexistente, el incorporante no tendrá esa facultad de decidir. Pero tampoco la ostentará el *dominus soli*, quien estimamos no podrá obligarle a adquirir el suelo (como permiten el art. 361 CC y el art. 542-7 CCCat), sino únicamente tendrá la facultad de adquirir lo edificado abonando su coste con derecho de retención. Lo sostenido también exigiría, por tanto, la correspondiente reforma del Código civil y del Código civil de Cataluña.

Ahora bien, si las obras presentan escasa importancia consideramos que el constructor poseerá un simple derecho de crédito para el cobro de su importe sin posibilidad de retener. Porque, como dijimos, de darse tal escasa entidad el supuesto se asemejaría más al de la cesión gratuita de vivienda terminada para uso familiar, y resultaría algo injusto impedir la restitución de la edificación a su propietario con motivo de la realización de unas pequeñas obras con su consentimiento por parte de quienes han venido disfrutando de la vivienda y en suma les ha aprovechado.

Terminar señalando que, al conocerse edificante y dueño del suelo o de la construcción preexistente, cobra razón la exigencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 en el sentido de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el segundo⁶⁶. Tal requisito para la aplicación del artículo 361 del Código civil ha sido criticado con razón pensando en la falta de relación que, por lo común fuera del entorno familiar, existe entre el edificante de buena fe y el *dominus* [DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 158 (nota 1)]. Sin embargo, en dicho ámbito, como decimos, cobra razón toda vez que el edificante, aunque lo estimemos de buena fe, conoce la existencia del *dominus*, de todo lo cual

resulta otra diferencia más entre la accesión pura y la accesión en el ámbito familiar estudiada, que requiere de un tratamiento legal diferenciado.

VI. CONCLUSIONES

I. Por lo común, deben distinguirse la cesión gratuita de viviendas terminadas en el ámbito familiar, de la cesión de un suelo o edificación inconclusa para, respectivamente, construir una vivienda o realizar obras en aquella construcción imperfecta y pueda destinarse al fin que le es propio. Las cesiones gratuitas de viviendas terminadas deben reconducirse a la figura del precario; no así el otro grupo de casos, salvo que se trate de ejecución de obras de escasa entidad, en cuyo supuesto no deben diferir las soluciones.

II. Fuera de la excepción apuntada, la construcción en el *suelo ajeno familiar* con consentimiento del *dominus soli*, activa el artículo 361 del Código civil que permite a este último optar entre adquirir la propiedad de lo edificado indemnizando al incorporante, el cual dispondrá de un derecho de retención de acuerdo con el artículo 453 del Código civil, u obligarle a comprar el suelo y, eventualmente, la edificación preexistente. En el ámbito del Código civil de Cataluña su artículo 542-7 otorga la misma opción al dueño del suelo si el valor de este resulta superior al de la construcción, con el correspondiente derecho de retención en favor del incorporante de acuerdo con su artículo 569-3. Y en caso de tener la construcción un valor igual o superior al del suelo, el artículo 542-9 obliga al *dominus soli* a ceder la propiedad del suelo al constructor.

Sin embargo, estimamos que los artículos 361 y 453 del Código civil no pueden aplicarse a la edificación en el entorno familiar al no encontrarnos ante un supuesto de accesión típica, dado el consentimiento otorgado por el *dominus soli* en la propia génesis de la obra y, por otro lado, la variada importancia que puede presentar la construcción realizada en relación con el suelo y, en su caso, con la edificación originaria. Tampoco deberían aplicarse los artículos 542-7 y 542-9 del Código civil de Cataluña porque, aunque atiendan al valor de la construcción y del suelo, no toman en consideración el consentimiento del *dominus soli* presente en el ámbito estudiado.

III. El derecho otorgado al *dominus soli* por el artículo 361 del Código civil lo consideramos sujeto al plazo de prescripción de treinta años propio de las acciones reales sobre bienes inmuebles (art. 1963 CC), que deberá computarse en el ámbito familiar, en el que se construye y se posee por el incorporante en un contexto de buenas relaciones, desde la ruptura de estas.

IV. Ahora bien, el anacronismo del principio *superficie solo cedit* unido al consentimiento del *dominus soli* presente en las relaciones familiares, nos hacen defender que la opción contenida en el artículo 361 del Código civil

debiera conferirse al incorporante, siempre que la construcción ejecutada tenga un valor relevante en relación con el suelo y, eventualmente, con la edificación preexistente. Para ello proponemos una reforma del Código civil, así como del Código civil de Cataluña, que añada a los preceptos generales una regulación específica otorgándose al incorporante en el ámbito familiar la opción del valor relevante de la construcción.

V. De no tener la obra ejecutada ese valor relevante, pero a la vez sin llegar a ser una construcción de escasa importancia, debería conferirse al *dominus soli* el derecho a adquirir lo edificado previa indemnización al incorporante, quien hasta tanto retendrá la posesión (art. 453 CC), pero sin poder ser obligado a una compra forzosa del suelo y, en su caso, de la edificación preexistente. Esta propuesta conllevaría igualmente la necesaria regulación específica que excluyese del entorno familiar las normas generales del artículo 361 del Código civil y los artículos 542-7 y 542-9 del Código civil de Cataluña.

VI. El incorporante no tendrá, pues, un derecho de retención cuando las obras fueran de escasa entidad, sino a lo sumo un derecho de crédito por motivo de tal exigua entidad y haber disfrutado gratuitamente de la vivienda.

VII. Con independencia de la entidad de las obras ejecutadas, el incorporante, aun produciéndose una inversión posesoria, no podrá usucapir de modo ordinario el terreno y, en su caso, construcción preexistente, al no disponer su posesión en la esfera familiar de buena fe ni justo título. Por el contrario, sí cabría la usucapión extraordinaria, siempre que se dé la aludida mutación posesoria de apreciación restrictiva.

VIII. Resultará imposible la usucapión de las obras por el *dominus soli*, al suponer la edificación sobre suelo ajeno una propiedad dividida en la que el edificante será poseedor del terreno (y, en su caso, de la construcción originaria) y, a la vez, propietario y poseedor de la obra.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 7 de enero de 1949 (*RJ* 1949, 1120)
- STS de 28 de febrero de 1957 (*RJ* 1957, 1586)
- STS de 12 de diciembre de 1966 (*RJ* 1966, 5821)
- STS de 17 de marzo de 1973 (*RJ* 1973, 984)
- STS de 9 de julio de 1984 (*RJ* 1984, 3804)
- STS de 11 de junio de 1985 (*RJ* 1985, 3107)
- STS de 25 de noviembre de 1985 (*RJ* 1985, 898)
- STS de 31 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987, 9715)

- STS de 18 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 5949)
- STS de 3 de diciembre de 1991 (*RJ* 1991, 8912)
- STS de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6275)
- STS de 31 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 545)
- STS de 14 de abril de 1998 (*RJ* 1998, 2145)
- STS de 17 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4387)
- STS de 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 8163)
- STS de 28 de diciembre de 2001 (*RJ* 2002, 3090)
- STS de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180)
- STS de 9 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 547)
- STS de 28 de febrero de 2007 (*RJ* 2007, 300)
- STS de 30 de abril de 2007 (*RJ* 2007, 2396)
- STS de 18 de septiembre de 2007 (*RJ* 2007, 5074)
- STS de 29 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 8260)
- STS de 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5)
- STS de 28 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 523)
- STS, de Pleno, de 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274)
- STS de 14 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4729)
- STS de 12 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 568)
- STS de 28 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 605)
- STS de 7 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 919)
- STS de 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007 (Sección 5.^a) (*JUR* 2007, 175703)
- SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 (Sección 4.^a) (*JUR* 2010, 164077)
- SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2012 (Sección 8.^a) (*JUR* 2013, 39166)
- SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2013 (Sección 3.^a) (*JUR* 2014, 70825)
- SAP de Cuenca de 4 de abril de 2017 (Sección 1.^a) (*JUR* 2017, 121362)
- SAP de Cádiz de 21 de junio de 2017 (Sección 2.^a) (*JUR* 2017, 219981)
- SAP de Sevilla de 8 de marzo de 2018 (Sección 2.^a) (*JUR* 2018, 181578)
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2018 (Sección 1.^a) (*JUR* 2018, 272188)
- SAP de Murcia de 27 de septiembre de 2018 (Sección 4.^a) (*JUR* 2018, 309680)
- SAP de Murcia de 17 de abril de 2019 (Sección 4.^a) (*JUR* 2019, 164077)

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. (1990). Comentario a los artículos 361 a 364 del Código civil. En M. Albaladejo García (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, V-1, 2.^a ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 366-395.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). El automatismo en la accesión inmobiliaria, *RCDI*, núm. 729, 43-110.
- DE BUSTOS GÓMEZ RICO, M. (2006). Comentario al artículo 453 del Código civil. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.). *Comentario del Código civil*, III, 2.^a ed. Barcelona: Bosch, 424-428.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, III, 5.^a ed. Navarra: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho civil*, III-1, 9.^a ed. Madrid: Tecnos.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, I. (2010). Comentario a los artículos 361 a 364 del Código civil, y Comentario a los artículos 430 a 454 del Código civil. En A. Domínguez Luelmo (dir.). *Comentarios al Código civil*. Valladolid: Lex Nova, 491-495 y 553-577.
- FEMENÍA LÓPEZ, P. (2013). Comentario al artículo 361 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*, III, Navarra: Aranzadi, 3047-3062.
- GRIMALT SERVERA, P. (2013). Comentario a los artículos 453 y 454 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código civil*, III, Navarra: Aranzadi, 3694-3721.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2008). *Elementos de Derecho civil*, III-1, 3.^a ed. Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, III, 18.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ VILAS, R. (1993). Comentario a los artículos 361 a 364 del Código civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo, R. Bercovitz, y P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código civil*, I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1015-1024.
- MARTÍN PÉREZ, A. (1993). Comentario al artículo 453 del Código civil. En M. Albaladejo García (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, VI, 2.^a ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 378-404.
- ORTEGA MELIÁN, C. (2018). Los terceros y la asignación del uso de la vivienda en los procesos de separación y divorcio. En C. Lasarte Álvarez y M.^a D. Cervilla Garzón (dir.). *Ordenación económica del matrimonio y crisis de la pareja*. Valencia: Tirant lo Blanch, 737-753.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario*, I, 4.^a ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y CASTAÑOS CASTRO, P. (2013). La accesión industrial inmobiliaria en la jurisprudencia. *RCDI*, núm. 740, 3871-3945.

NOTAS

¹ SSTs de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180) y 13 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 5).

² STS, de Pleno, de 18 de enero de 2010 (RJ 2010, 1274). También, entre otras, SSTs de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014, 4729) y 28 de febrero de 2017 (RJ 2017, 605).

³ SSTs de 26 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 180) y 28 de febrero de 2017 (RJ 2017, 605).

⁴ El autor puntualiza que la posesión precaria no es un simple acto tolerado de los previstos en el artículo 444 del Código civil, sino una auténtica situación posesoria. En este último sentido, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 566.

⁵ (RJ 2010, 1274).

⁶ Vid. las múltiples sentencias que se citarán, entre ellas, la STS de 6 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4588).

⁷ Vid. STS de 17 de marzo de 1973 (RJ 1973, 984), por ellos citada, sobre la matización de que tal compensación no sana la posesión a otros efectos previstos en el Código civil.

⁸ En análogo sentido, LÓPEZ VILAS, 1993, 1019, quien se refiere a la buena fe como la creencia de la licitud de la construcción.

⁹ Sobre la buena fe en la posesión como la ignorancia no debida a falta de diligencia, vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 173.

¹⁰ (RJ 1985, 3107).

¹¹ Sostiene el autor: «basta, pues, que el momento de ejecutar los trabajos crea que es propietario del terreno (o superficiario, o titular de cualquier otro derecho que le comunique la propiedad de lo edificado: no una simple autorización que le confiera derecho a edificar sin sanción)».

¹² (JUR 2018, 181578). Esta sentencia señala para revocar la dictada en primera instancia, que había reconocido a la demandada un derecho a retener lo edificado hasta la indemnización de los gastos realizados, conforme al artículo 453 del Código civil: «La sentencia resuelve la litis mediante la aplicación del artículo 453 del Código civil, al reconocerle a quien ha edificado sobre el suelo ajeno un derecho de retención hasta tanto le sea indemnizado sobre lo construido. Mas ello no es así, como con razón, e invocación jurisprudencial, afirma el apelante, porque, conforme dicha jurisprudencia, ello no tiene lugar cuando el que construye sabe hacerlo sobre finca que no le pertenece, en el presente caso el suelo propiedad del demandante».

¹³ (JUR 2017, 219981). La sentencia argumenta la exclusión del artículo 361 del Código civil del siguiente modo: «...el propio precepto reconoce al que edificó de buena fe el derecho a ser indemnizado, a lo que ha de unirse la acción que puede ejercitar, pero, insistimos, en ello, este no es el caso de la Sra. Mercedes...en ella no concurre la creencia errónea de estar actuando legítimamente sobre un terreno sobre el que ostentaba algún derecho que le permitía hacerlo, sino que actuaba bajo la cesión que el padre de su novio supuestamente había hecho a la pareja para que ambos construyeran...».

¹⁴ En sentido contrario, la SAP de Cuenca de 4 de abril de 2017 (JUR 2017, 121362) señala con enorme gran claridad en sus planteamientos: «Ciertamente la misma se ha mejorado y se han realizado obras importantes, construyendo incluso una segunda planta; pero ello no atribuye a la demandada, en el supuesto de que se acreditara cumplidamente haber ejecutado las obras a su costa, un derecho de retención sobre la edificación ni opera a su favor la accesión que se regula en el artículo 361 del Código civil, precisamente por su condición de precarista, pues el artículo citado parte de la buena fe del poseedor en los supuestos de accesión inmobiliaria, buena fe que debe ser entendida como creencia que el suelo pertenece al constructor, en este caso al demandado lo que claramente no ocurre en este caso pues no se discute que la finca es del demandante».

¹⁵ (RJ 1999, 4387). Aclarar que la Audiencia Provincial, habiendo fallecido los propietarios del edificio preexistente durante la tramitación del recurso, tras rechazar la aplicación del artículo 361 del Código civil, condenó a la hija de ellos, antigua consorte del demandante, al pago de la mitad del coste de las obras realizadas. En casación se revoca este pronunciamiento acogiendo el criterio del Juzgado de Primera Instancia que había condenado al pago de la totalidad de las obras a favor de la sociedad de gananciales edificante.

¹⁶ (RJ 2019, 4588). Señala el Tribunal Supremo en referencia al pronunciamiento de la Audiencia Provincial que estimó la existencia de un contrato de comodato durante el matrimonio, transformado en precario tras la ruptura: «*Tal conclusión permanecería incólume cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, pues lo cierto es que fue en todo momento de buena fe y que la obra fue consentida por la propiedad*».

¹⁷ Sobre la buena fe en el ámbito de los derechos reales como estado de conocimiento sustentado en un error que no pueda desvanecerse aunque se emplee la diligencia media, esto es, excusable, *vid.*, por todos, DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 556 y 557.

¹⁸ (RJ 2019, 4588).

¹⁹ *Vid.* STS de 18 de julio de 1990 (RJ 1990, 5949).

²⁰ (RJ 1998, 2145). Se resolvía una acción reivindicatoria interpuesta por el dueño de un terreno frente a una persona a la que de forma verbal se le había permitido construir un bar que, a su vez, permitía al dueño del terreno obtener turismo para su negocio de barcos.

²¹ STS de 31 de enero de 1996 (RJ 1996, 545): «*La operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361, toda vez que no comporta atribución de derechos dominicales ni posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo*».

²² SSTS de 17 de junio de 1999 (RJ 1999, 4387) y 6 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4588).

²³ (RJ 2006, 547). La sentencia se refiere a las obras en los siguientes términos: «*la referida casa se encontraba en estado de semirruina e inhabitable...y con ocasión del referido matrimonio de don Bruno, y para que pudiera contar con una futura residencia, doña Beatriz consintió que su hijo realizara obras en la casa y la reconstruyera, lo que este efectivamente hizo, quien contrató y pagó por su cuenta la ejecución de las labores, que consistieron en la edificación de una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre...*».

²⁴ (RJ 1949, 1120).

²⁵ Cfr., entre otras, SSTS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9715), 9 de febrero de 2006 (RJ 2006, 547) y 12 de febrero de 2016 (RJ 2016, 568).

²⁶ STS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9715) que señala sobre el artículo 361 del Código civil: «*este derecho potestativo o de configuración jurídica, supone una facultad de decidir que conlleva necesarias contraposiciones*».

²⁷ (RJ 1985, 898).

²⁸ (RJ 1987, 9715). Se trataba de un procedimiento de división judicial de herencia en el que se excluyó del activo lo edificado porque no accedía de modo automático al dueño del solar, sin antes haberse ejercitado la opción conferida por el artículo 361 del Código civil. En el mismo sentido, *vid.* SSTS de 9 de febrero de 2006 (RJ 2006, 547) y 12 de febrero de 2016 (RJ 2016, 568).

²⁹ SSTS de 31 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9715), 22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6275) y 26 de octubre de 1999 (RJ 1999, 8163).

³⁰ También sostienen la teoría de la accesión automática, FEMENÍA LÓPEZ, 2013, 3056 y sigs., y CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 53 y sigs.

³¹ (RJ 1987, 9715). *Vid.* Díez-Picazo, 2008, 119; Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2016, 158; Díaz de Lezcano Sevillano, 2010, 491, y Femenía López, 2013, 3052, para quien realmente la adquisición de la propiedad se fundamenta en el pago de la indemnización, y no en el ejercicio de la opción.

³² (RJ 2006, 547). Se trataba de unas obras de reconstrucción realizadas en una vivienda inhabitable. La pretensión principal acogida en primera instancia fue rechazada por la Audiencia Provincial al no haberse acreditado ninguna cesión gratuita, lo que de acuerdo con la propietaria de la construcción originaria también debiera haber supuesto el rechazo de la pretensión eventual por vulneración del artículo 359 del Código civil que presume ejecutadas las obras por los propietarios del suelo. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestima tal motivo deslindando ambas cuestiones al considerar que el planteamiento de la recurrente contrariaba el hecho declarado probado de la ejecución de las obras por el demandante.

³³ (RJ 1985, 898). A la anterior petición, el demandante acumuló de modo subsidiario la reclamación del coste de las obras ejecutadas. En primera instancia se desestimó totalmente la demanda, y la sentencia de la Audiencia Provincial acogió la petición subsidiaria, frente a lo que el demandante interpone recurso de casación por considerar no haberse resuelto todas las pretensiones articuladas, lo que sería desestimado.

³⁴ Estos autores, aunque la consideran imprescriptible en tanto facultad inherente al dominio, estiman que una vez llegado el conflicto debería haber un plazo prescriptivo pudiendo a partir de entonces producirse la usucapión por parte del edificante. Igualmente aprecia el carácter imprescriptible, en tanto derecho potestativo, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, 2012, 79.

³⁵ Señala minuciosamente el autor: «Hay, según entiendo, y dentro de lo nebuloso de la situación, una suerte de división de dominios entre accedente y dueño del terreno, que... puede mantenerse de modo indefinido, por lo que no es preciso discutir sobre posible plazo de prescripción... No hay un plazo a partir del cual, no habiendo hecho el dueño del terreno uso de la opción que le propone el artículo 361, se produzca una modificación jurídica, que habrá de consistir, entonces, sea en la incorporación de los derechos del incorporante o del dueño del terreno a favor de uno o de otro, sea en la consolidación del status quo, quedando confirmados y sin sumisión a rescate los derechos de incorporante y de dueño».

³⁶ (RJ 1957, 1586). En análogo sentido, STS de 12 de diciembre de 1966 (RJ 1966, 5821). Vid. Díez-Picazo, 2008, 702, quien también admite que el precarista pueda empezar a poseer en concepto de dueño.

³⁷ SSTs de 18 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5074) y 28 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 523). Vid. LACRUZ BERDEJO, 2008, 62 y 76; Díez-Picazo, 2008, 701 y sigs., para quien la mutación «Puede consistir en una manifestación de voluntad expresa o declaración, o en una manifestación tácita realizada a través de facta concludentia»; Díaz de Lezcano Sevillano, 2010, 559, y de Bustos Gómez Rico, 2006, 361.

³⁸ Como dice LACRUZ BERDEJO, 2008, 86: «estos preceptos se fijan, cada uno, en un hecho psicológico distinto: ignorancia del vicio del título modo en el uno, y creencia en la titularidad del transmitente en el otro».

³⁹ En el mismo sentido Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 2016, 158, quienes señalan que mientras no se ejercite la opción por el dueño del terreno, el tercero es un poseedor de buena fe de él.

⁴⁰ SSTs de 28 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 3090) y 29 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8260).

⁴¹ Señala el autor: «Además, el constructor, que es poseedor de buena fe del terreno ajeno y que incorporó un solar, por lo general de menos valor, a su construcción —accesión, justo título según el artículo 1952 del Código civil, si aplicamos la regla *accessorium sequitur principale*— está en vías de usucapir, si el dominus soli obra con aquiescencia y no interrumpe la posesión ad usucapionem del autor de la accesión. El transcurso de los diez años del artículo 1957 sin oposición del dueño del terreno transformaría al incorporante en propietario del solar».

⁴² Cfr. Lasarte Álvarez, 2016, 299.

⁴³ (RJ 2019, 4588). Como señalamos al tratar la determinación de las reglas aplicables (epígrafe III.-2 A, nota 16), esta sentencia confirmó el pronunciamiento de la Audiencia

Provincial que condenó al pago del importe de las obras por advertir la existencia de un comodato durante el matrimonio, transformado en precario tras la ruptura. Y sobre tal pronunciamiento el Tribunal Supremo apreció: *«Tal conclusión permanecería incólume cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, pues lo cierto es que fue en todo momento de buena fe y que la obra fue consentida por la propiedad»*.

⁴⁴ En contra ALONSO PÉREZ, 1990, 371, quien sostiene su abono y retención porque de lo contrario sería incongruente la remisión que hace el artículo 361 al artículo 454, todos ellos del Código civil. No obstante, el autor añade que el dueño del suelo puede librarse de esa indemnización de gastos de lujo permitiendo al edificante llevárselas si la edificación no sufre menoscabo, esto es, posibilitando el *ius tollendi*.

⁴⁵ Desde la perspectiva de la posesión pura, se trata de evitar el enriquecimiento injusto del vencedor de la posesión como señala la STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 2396).

⁴⁶ (RJ 1991, 8912). En la doctrina, cfr. MARTÍN PÉREZ, 1993, 382-383, que habla de mantenimiento de la función económica de la cosa, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 576-577.

⁴⁷ (RJ 2006, 547). Como hemos visto, se trataba de una acción declarativa del dominio interpuesta por el hijo edificante (fallecido durante el proceso) frente a su madre para declarar la propiedad de lo edificado en su favor y, en su defecto, el abono del coste de las obras.

⁴⁸ Señala gráficamente: *«consintió en que su hijo realizara obras en la casa del litigio y la reconstruyera, lo que efectivamente hizo este, quién contrató y pagó por su cuenta la ejecución de las labores, que consistieron en la edificación de una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre, y en la que aquel residió con su familia hasta su fallecimiento, lo que desnaturaliza la alegación del motivo concerniente a que carecía de título, puesto que este se lo había concedido su propia madre»*.

⁴⁹ (RJ 1984, 3804).

⁵⁰ Cita en este punto la STS de 7 de octubre de 1949 (RJ 1949, 1120) en la que debe precisarse no había relaciones familiares, y descartó la aplicación del artículo 453 del Código civil al ejecutarse las obras sin título posesorio pues los incorporantes fueron en el pasado dueños y habían vendido.

⁵¹ (RJ 2018, 919). En primera instancia la demanda fue estimada al negarse a la demandada el derecho de retención porque, a pesar de haber realizado obras de mejora durante el matrimonio, poseía en concepto de precario sin título para ello. La Audiencia Provincial revoca la sentencia al considerar que el hijo y nuera de los actores ejecutaron obras que no fueron de escasa importancia, con su autorización, lo que les hace poseedores de buena fe y con título. Los actores interpusieron su recurso de casación con fundamento en la vulneración del artículo 453 del Código civil, por considerar que el derecho de retención sobre la cosa poseída solo podría solicitarse por el poseedor civil, no por el precario.

⁵² Nos referimos al siguiente fragmento: *«La citada sentencia de 9 de febrero de 2006 contiene como ratio decidendi que el poseedor poseía con título y, por ende, era poseedor civil y no mero detentador por concesión graciosa. Lo anterior lo sustentaba porque, de una parte, lo que hizo el hijo fue edificar una vivienda nueva en el terreno donde antes se encontraba la de su madre, esto es, no fueron simples mejoras necesarias o útiles, y de otra parte obró así con el consentimiento de la madre, por lo que el título se lo había concedido esta. Por el contrario, en el supuesto que aquí se enjuicia, y sin apartarnos de los hechos que reconoce la sentencia recurrida, se trata de una edificación ya construida con anterioridad, esto es, antes de ser poseída por el matrimonio, en la que este, durante el periodo en que la posee, llevó a cabo ciertas mejoras y obras de conservación, que no se afirma que expresamente se consintieran por los demandantes pero sí que «hay que entender que... fueron consentidas y autorizadas por los demandantes a su hijo y nuera para que se adecuaran a las necesidades de la familia y del negocio que regentaba»»*.

⁵³ Sobre el concepto de posesión civil como aquella tenencia en la que está presente la intención de hacer suya la cosa o derecho, esto es, como equivalente a la posesión en concepto de dueño, *vid.* DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 91, y DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, 2010, 553.

⁵⁴ SAP de Murcia de 27 de septiembre de 2018 (*JUR* 2018, 309680) y SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013, 39166).

⁵⁵ SAP de Las Palmas de 5 de diciembre de 2013 (*JUR* 2014, 70825); SAP de Murcia de 18 de marzo de 2010 (*JUR* 2010, 164077) y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 31 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 272188).

⁵⁶ SAP de Sevilla de 12 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 175703), en la que se transformó un almacén o cochera en una vivienda.

⁵⁷ SAP de Murcia de 17 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 164077), aunque también se apoyó en la falta de prueba del acuerdo de cesión de uso.

⁵⁸ (*RJ* 2018, 919).

⁵⁹ Nos referimos a este punto: «*El supuesto fáctico contemplado es muy distinto en uno y otro caso, pues no es lo mismo construir un edificio nuevo en el terreno cedido, con expresa autorización de la propietaria, que hacer obras de conservación y mejora sobre el inmueble ya construido que se les cede en uso, que no se duda que se hiciesen a la vista de los demandantes pero tampoco que, por su entidad fueran tan llamativas para estos como las que consisten en construir un edificio de nueva planta.*».

⁶⁰ Sobre la limitación de la retención a la parte de la finca que es objeto de construcción, *vid.* DÍEZ-PICAZO, 2008, 303.

⁶¹ Cfr. SSTs de 26 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006, 180) y 13 de noviembre de 2008 (*RJ* 2009, 5). Como señala esta última sentencia, aunque la cesión de la vivienda se realice por su propietario en consideración al matrimonio de su hijo y con objeto de que él y su esposa establecieran en ella el hogar conyugal y familiar, no se reconoce a esta «*un título capaz de enervar la acción de desahucio ejercitada en la demanda, pues con independencia de que en ella pueda identificarse el uso concreto y determinado que sirve para calificar la relación jurídica como un préstamo de uso...ha de convenirse...que este elemento caracterizador ha desaparecido al romperse la convivencia conyugal, encontrándose quien posee el inmueble desde entonces en la situación de precarista.*».

⁶² STS de 7 de octubre de 1949 (*RJ* 1949, 1120).

⁶³ (*RJ* 1990, 5949). Se trataba de una concesión de un derecho de vuelo.

⁶⁴ Señalan los autores que este «*rígido principio*» ... «*no puede despojar toda la consideración que merece al que obra de buena fe, otorgándosele en consecuencia algunos derechos para remediar su empobrecimiento.*».

⁶⁵ Sobre el objeto de tal obligación, aunque *obiter dicta*, *vid.* STS de 6 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4588).

⁶⁶ (*RJ* 2007, 300).

*Trabajo recibido el 7-10-2020 y aceptado
para su publicación el 15-I-2021*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario

*The Call Option and the Directive 2014/17/EU**

por

PALOMA DE BARRÓN ARNICHES
Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad de Lleida

RESUMEN: La defensa del consumidor en sus relaciones crediticias, especialmente aquellas dirigidas a obtener financiación para la compra de la primera vivienda, constituye el objetivo principal de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014. Con la

* Trabajo realizado dentro de las actividades del grupo de investigación consolidado 2017SGR997, reconocido por la Generalitat de Catalunya, y en el marco del Proyecto de investigación «Los derechos de adquisición y de preferencia» (PGC2018-094243-B-C21, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación), del que son investigadores principales el Dr. Esteve BOSCH y la autora del trabajo; proyecto que a su vez está coordinado con otro del mismo nombre y dirigido por las profesoras M.^a Paz SÁNCHEZ y M.^a Amalia BLANDINO.

Mi agradecimiento a los profesores TRIMARCHI y BONGIOVANNI, y a la Biblioteca de la Università di Messina; a la profesora Esther ARROYO por su desinteresada ayuda, y a los becarios de investigación del Departamento, Mireia NARCÍS, Macloud MARTÍNEZ y Raquel AMAT.

mirada puesta en esta norma europea, el presente trabajo aborda la cuestión relativa a la virtualidad de la opción de compra para ejercer una función de garantía cuando acompaña a un negocio de préstamo inmobiliario. La opción de compra es un mecanismo de adquisición de bienes que carece de regulación en el Código civil español y que, además, ha sido objeto de serios recelos cuando se emplea con fines de garantía, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, que lo catalogan como incompatible con la prohibición legal del pacto comisorio. Sin embargo, el derecho comunitario de consumo propugna una importante flexibilización de las fórmulas lícitas para la reintegración del préstamo, incluida la transmisión de la garantía al acreedor, de manera que la histórica prohibición general del comiso empieza a perder su razón de ser. Asimismo, algunos derechos civiles autonómicos, concretamente el catalán y el navarro, presentan una regulación bastante completa de una figura que, cada vez con más frecuencia, es empleada en el tráfico jurídico como instrumento de garantía.

ABSTRACT: Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council. of 4 February 2014, aims at protecting creditors in relation to credit agreements relating to residential immovable property. On the basis of this European framework, this paper analyses the feasibility of a purchase option as a security for a real estate loan. Purchase option lacks regulation in the Spanish Civil Code. Spanish scholars and case law distrust the use of purchase option as a security because of the prohibition of the commissory pact. Yet Community law advocates for easing legal mechanisms for reimbursement, including transfer of securities to the creditor. Therefore, the traditional disregard of the lex commissoria has little sense. On the other hand, Catalan and Navarre laws rule this institution which use as a security increases steadily.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2014/17/UE. Opción de compra. Crédito inmobiliario. Pacto comisorio. Garantía real.

KEY WORDS: Directive 2014/17/EU. Purchase Option. Property Credit. Lex Commissoria Clause. Real Guarantee.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS GARANTÍAS REALES EN LA DIRECTIVA 2014/17/UE: 1. EL SISTEMA DE GARANTÍAS REALES *NUMERUS APERTUS*. 2. LA TRANSFERENCIA DE LA GARANTÍA AL ACREEDOR. 3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ITALIA.—III. EL PACTO COMISORIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍAS: 1. DERECHO CIVIL CATALÁN Y DERECHO FORAL NAVARRO. 2. LA JURISPRUDENCIA ANTE

EL PACTO MARCIANO COMO MEDIO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LAS GARANTÍAS REALES.—IV. LA OPCIÓN DE COMPRA DE NATURALEZA REAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA: 1. OPCIÓN DE COMPRA PERSONAL Y OPCIÓN DE COMPRA REAL. 2. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA. 3. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA DE ORIGEN CONVENCIONAL: A) *El contrato de crédito inmobiliario con opción de compra.* B) *El contenido mínimo del título constitutivo de la opción de compra en garantía.* C) *Determinación de la facultad del acreedor de ejercitar unilateralmente la opción de compra.* D) *Determinación del precio de la opción de compra.* E) *Determinación del plazo de duración del derecho de opción de compra.* F) *Determinación de las obligaciones del concedente respecto al bien dado en garantía.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La defensa del consumidor en sus relaciones crediticias, especialmente aquellas dirigidas a obtener financiación para la compra de la primera vivienda, se ha convertido en los últimos tiempos en un objetivo claro del legislador europeo, que busca la cohesión social y también la estabilidad económica de la zona euro. La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial¹, se promulgó cuando ya llevaba años instalada la crisis económica y financiera en Europa. Cinco años más tardó el legislador español en la transposición, mediante Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario², aunque es lo cierto que ya había adelantado soluciones parciales para tratar de paliar algunos de los problemas más acuciantes que afectaban a los consumidores, especialmente en relación con la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual³. Señala en su exposición de motivos la LCCI que pretende con carácter general «*la recuperación de la confianza de los prestatarios*», en este sentido, extiende su aplicación a todas las personas físicas, tengan o no la condición de consumidores, y con independencia de que el destino de los bienes inmuebles implicados sea o no residencial⁴.

El presente trabajo se cuestiona la virtualidad de una figura bien conocida, la opción de compra, para ejercer una función de garantía cuando acompaña a un negocio de préstamo, incluso a pesar de la sempiterna prohibición del pacto comisorio. La opción de compra es un mecanismo de adquisición de bienes no regulado por el Derecho civil estatal⁵ que, sin embargo, se emplea con cierta frecuencia en el tráfico jurídico, habitualmente como un instrumento de garantía que escapa de los procedimientos tradi-

cionales de las entidades financieras y amplía el espectro con respecto a la garantía hipotecaria, permitiendo replantear el significado de la vinculación exclusiva de uno o varios inmuebles al pago de una deuda y dejar fuera de la responsabilidad patrimonial del prestatario el resto de sus bienes.

Así, en muchas ocasiones el optante es el acreedor que quiere garantizar un préstamo dinerario con un plazo relativamente corto de vencimiento, y en el que desde el primer momento la cuantía del principal prestado se acomoda al valor real de la finca que el deudor le ofrece en garantía⁶. También puede ocurrir que el optante sea el fiador en un préstamo ajeno, que quiere garantizar la devolución de las cantidades que puede verse obligado a abonar, en el supuesto de que el deudor principal incurra en impago⁷. En ocasiones las partes, optante y concedente, son socios en diversos negocios o actividades económicas, que dan lugar al nacimiento de relaciones crediticias, que afectan en último término al patrimonio particular inmobiliario del deudor⁸.

La mencionada ausencia de regulación sustantiva de la opción de compra proporciona ciertas dosis de inseguridad jurídica en el funcionamiento de esta figura que, a la postre, se convierte en litigiosa como lo demuestra la abundante jurisprudencia existente sobre la materia⁹. Ello, sin perjuicio de que se trate de una figura que aparece, generalmente, en la práctica, diseñada como un traje a medida para cada supuesto fáctico, a través de los pactos de los contratantes. A diferencia de lo que ocurre a nivel estatal, sí existen normas autonómicas que regulan la figura de la opción de compra. Los artículos 568-1 a 12 del Código civil de Cataluña¹⁰ y las Leyes 460 y 461 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra¹¹, aunque ninguno de los dos ordenamientos civiles contempla ni regula la opción de compra con fines de garantía¹².

El presente trabajo trata de poner en relación el Derecho europeo de consumo con el sistema civil de garantías. En especial, se pone el acento en el encaje de la opción de compra en garantía dentro del elenco que se ofrece a los ciudadanos en sus relaciones crediticias, en tanto que viene de Europa una clara flexibilización de las fórmulas lícitas para la reintegración del préstamo, y va perdiendo su razón de ser la prohibición general del comiso. Se propone la regulación de la opción de compra como instrumento de garantía, que se emplea ya en la práctica sustentada por la autonomía de la voluntad de los contratantes. Entendiendo que es preciso un marco legislativo que proporcione seguridad en el tráfico e impida las posibles asimetrías en las posiciones contractuales, peligro que, en último término, es el que pretende conjurarse desde antiguo con la prohibición del pacto comisorio. Y, considerando, al mismo tiempo, que la propuesta de regulación de la Asociación de Profesores de Derecho civil sobre los derechos voluntarios de adquisición, constituye el contexto adecuado en el

que plantear la oportunidad de esta normativa sobre la opción de compra en garantía¹³.

El trabajo se estructura en dos partes bien diferenciadas: la primera se centra en el análisis de la Directiva 2014 y en sus *efectos* sobre los diferentes ordenamientos, especialmente el nuestro, abordando el problema capital de la prohibición del pacto comisorio. La segunda parte trata de justificar la admisibilidad de la opción de compra en garantía, concretamente la opción de compra de naturaleza real, abordando tanto lo que sería un posible régimen jurídico de la institución, como los acuerdos que con mayor frecuencia son empleados por las partes en ejercicio de su autonomía negocial.

II. LAS GARANTÍAS REALES EN LA DIRECTIVA 2014/17

1. EL SISTEMA DE GARANTÍAS REALES *NUMERUS APERTUS*

Es un hecho que el papel armonizador de la Directiva 2014, en aras de la defensa de los intereses de los consumidores, tiene consecuencias de gran calado en los sistemas jurídicos nacionales de la UE. Se trata de una norma que vio la luz después de un larguísimo proceso de búsqueda de armonización del mercado hipotecario en Europa. Un proceso en el que se barajaron soluciones que iban desde la autorregulación y las recomendaciones hasta la promulgación de un Reglamento, optando finalmente por la Directiva, porque permitía combinar la armonización máxima con la mínima y, además, conjugar por una parte normas con exigencias concretas y, por otra, medidas basadas en principios¹⁴.

Así pues, es preciso tener claro, en primer lugar, cuál es el objeto, la materia que finalmente regula la Directiva, dado que esta norma únicamente no afectará —y, por tanto, dejará al albur de las regulaciones nacionales—, a los aspectos que no quedan regulados en la misma. Así lo expresa el Considerando 21, y así se articula a través del artículo 2.º, apartado primero, según el cual la eficacia de las disposiciones que mantengan o adopten los Estados miembros queda condicionada a su compatibilidad con las obligaciones que el Derecho de la Unión les impone.

Señala el legislador europeo en el artículo 1.º de la Directiva: «*La presente Directiva establece un marco común en relación con ciertos aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros aplicables a aquellos contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía*». A partir de aquí, está claro que la Directiva trasciende el crédito garantizado con hi-

poteca¹⁵, y afecta a todo tipo de garantías inmobiliarias y, en consecuencia, también a la opción de compra de naturaleza real, cuando se emplea con esta finalidad.

El artículo 3.º insiste: «*La presente Directiva se aplicará: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial*». Tal definición encaja con la utilización de la garantía hipotecaria, con una garantía hipotecaria reforzada con una opción de compra sobre el inmueble¹⁶, o con el recurso exclusivo a la opción de compra como instrumento de garantía, entre otras opciones¹⁷.

Así, la Directiva efectúa una categorización común de todos los negocios jurídicos dirigidos a obtener financiación para la adquisición de un inmueble de uso residencial, cuando quien tiene la condición de prestatario, garante, o titular de la garantía inmobiliaria sea un consumidor. Sin embargo, la Directiva no define lo que se entiende por inmueble de uso residencial, de manera que puede entenderse que este concepto no está ceñido únicamente al inmueble que constituye la vivienda habitual o permanente del consumidor¹⁸. Tenemos, por tanto, un espectro amplio de negocios jurídicos en los que se vincula la adquisición de inmuebles de uso residencial con mecanismos de garantía. Ello, en el bien entendido de que el derecho de la Unión no tiene competencia en materia de derechos reales, sino que los Estados miembros son soberanos en esta materia.

Por lo que respecta al Estado español, el principio de *numerus apertus* de los derechos reales se recoge en los artículos 2.2.º LH y 7 RH, de modo que es posible que la autonomía de la voluntad produzca garantías reales diferentes a las reguladas en la normativa civil e hipotecaria vigente¹⁹. En este sentido, la opción de compra en garantía es un derecho real atípico, que respeta las exigencias establecidas por la jurisprudencia, y por la propia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁰. Pero es que, además, la LCCI, al realizar la transposición de la Directiva, mantiene este carácter amplio de su objeto:

Artículo 1. «*Objeto. Esta Ley tiene por objeto establecer determinadas normas de protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca u otro derecho real de garantía sobre bienes inmuebles de uso residencial (...)*»²¹.

En consecuencia, si la opción de compra sobre inmuebles es un negocio jurídico admitido en nuestro Derecho, debe quedar sujeta —cuando aparezca vinculada a contratos de crédito solicitados o avalados por consumidores—, al régimen jurídico previsto en la Directiva. Este paraguas de la Directiva afecta, por supuesto, a las normas sobre transparencia, pero también a las obligaciones que el legislador europeo impone a los Estados

en relación con la ejecución de las garantías, a las que a continuación me referiré.

2. LA TRANSFERENCIA DE LA GARANTÍA AL ACREEDOR

El artículo 28 de la Directiva es el único en el que se regulan cuestiones relacionadas con la mora y el incumplimiento del deudor y consiguientes actuaciones ejecutivas de la parte acreedora. Resulta interesante detenerse en la exégesis del mismo, y ponerlo en relación con la problemática del pacto comisorio y su tradicional rechazo por parte de la legislación y la jurisprudencia españolas.

En efecto, desde la perspectiva más tradicional, en el sistema español se rechaza a priori la opción de compra en garantía por enmascarar un pacto comisorio prohibido²². Se entiende que, mediante la concesión de una opción de compra al acreedor en caso de impago o incumplimiento de la obligación, lo que se trata de garantizar no es el cumplimiento sino el no perjuicio ante el incumplimiento. La opción de compra lleva consigo la intención de sustituir el cobro de un crédito por la adquisición de una finca. Esta posibilidad queda expresamente vedada respecto a la hipoteca y la prenda por mor del artículo 1859 del Código civil²³. Las cuestiones en juego son las siguientes: el enriquecimiento injusto en perjuicio del deudor, y la destrucción de la naturaleza de la garantía que lleva consigo la realización del valor de la cosa, el *ius distrahendi*, dado que aquí no se convierte la cosa en dinero, sino que se produce una adjudicación en pago de deuda. Se entiende que dicha adjudicación produce un desequilibrio de las prestaciones que atenta contra la exigencia de la causa del negocio: el acreedor se hace propietario sin que realmente haya *causa tradendi* sino mera *causa solvendi*. También se aduce que con el pacto comisorio las partes acuerdan una ejecución «extrajudicial» por trámites privados²⁴.

Por el contrario, desde la perspectiva del legislador europeo no parece haber dificultad alguna para admitir sin reticencias que un pacto privado que estableciera la posibilidad de que la cosa ofrecida en garantía se transmitiera al acreedor para saldar la deuda, sería lícito y perfectamente eficaz. Consciente de la diversidad de sistemas de derechos reales de garantía de cada Estado, la Directiva no solo valida el pacto originario de carácter dispositivo que pretenda establecer la ejecución privada de las garantías inmobiliarias, sino que además establece la obligación de los Estados de no impedir que los particulares puedan proceder de este modo, armonizando en este punto, el sistema crediticio comunitario para todo el territorio de la Unión Europea. Así, señala el apartado 4 del citado artículo 28 que «*los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan*

acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito»²⁵.

Sorprende la rotundidad del planteamiento contenido en la norma europea, pero no puede olvidarse que en el momento de su promulgación los efectos de la crisis financiera eran patentes en los diferentes Estados de la Unión, en algunos de ellos, como España, con el efecto de pérdida de la primera vivienda para muchos deudores hipotecarios²⁶. No eran pocos los supuestos en los que los tribunales españoles se encontraban con que, tras la ejecución hipotecaria que culminaba con la adjudicación de la vivienda a la entidad crediticia ejecutante por el 50% de su valor de tasación (70% de la vivienda habitual, a partir de la reforma de 2013), el banco instaba un procedimiento ordinario reclamando la diferencia pendiente de cobro, al amparo de lo dispuesto en el artículo 105 LH y del artículo 1911 del Código civil. La jurisprudencia se mostró vacilante, discutiéndose la posible aplicación de la doctrina del abuso de derecho en la petición del banco o, incluso, la posibilidad de que se diera un supuesto de enriquecimiento injustificado en los casos en que el valor de mercado de la vivienda adjudicada a la entidad financiera ejecutante superaba con creces la deuda total que se reclamaba²⁷.

Volviendo al tenor literal del artículo 28.4, destaca la diferencia con los apartados precedentes del mismo artículo, en los que el legislador emplea términos mucho menos taxativos, por ejemplo, al establecer que los Estados miembros *«podrán exigir al prestamista que»*, o *«podrán autorizar a los prestamistas a»*. Contrasta enormemente con el establecimiento de una verdadera obligación de no impedir los pactos privados sobre una transferencia de la garantía como mecanismo para reembolsar el préstamo. No solo eso, sino que el legislador europeo establece que este mecanismo se puede pactar para que *baste*²⁸, es decir, para que sirva a los efectos de lograr el reembolso íntegro del crédito, en clara alusión a la posibilidad de limitar el efecto del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor²⁹. Por tanto, puede sostenerse que el legislador europeo propugna soluciones alternativas a la hipoteca, que pivoten sobre la elección de un bien inmueble cuya valoración sea acorde con la cuantía solicitada en préstamo, y en las que la actualización de dicha valoración proteja a la parte deudora de ver comprometido todo su patrimonio en la devolución del préstamo.

Así las cosas, parafraseando la dicción del artículo 2.1 de la Directiva anteriormente mencionado, cabe señalar que las disposiciones que mantengan los Estados miembros en materia de prohibición del comiso quedan, desde la promulgación de la Directiva, condicionadas a su compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 28, apartado 4. Hasta el punto de que no es aventurado sostener que se trata de un precepto de obligada transposición a los derechos nacionales.

A mi parecer, la transposición del artículo 28.4 de la Directiva no se ha llevado a cabo en la LCCI, a pesar de la tímida mención contenida en los preceptos 6.1 h) y 9.ñ), sobre la información básica que debe figurar en la publicidad de los préstamos hipotecarios³⁰. El artículo 28.4 interpela directamente a los sistemas civiles que contienen reglas prohibitivas como la contenida en el artículo 1859 del Código civil, instándoles, como mínimo, a una interpretación más restrictiva, especialmente cuando aparece en garantías reales diferentes de las contempladas por la norma, por ejemplo, en una opción de compra o en una venta a carta de gracia. De manera que se persigan los supuestos en los que resulte acreditada la concurrencia de una situación de ventaja injustificada para la parte acreedora, o de vulneración del principio de autonomía de la voluntad mediante cláusulas contenidas en condiciones generales no consentidas de forma expresa por la parte deudora. Esto es, que no resulte prohibido cualquier pacto comisorio solo por el hecho de serlo, sino que resulte vedado en aquellos casos determinados en los que se observe una ventaja injusta para una de las partes contractuales.

No se puede olvidar que la Directiva es un instrumento legislativo más dentro del muy extenso acervo comunitario en materia de consumo, cuyo objetivo es entre otras cosas, el de armonizar y consolidar algunas categorías propias del Derecho europeo de contratos, como lo es, por ejemplo, la del equilibrio entre las partes contratantes³¹. Y ello para obtener, en último término, un mercado europeo más eficiente. En efecto, el *soft law* europeo contempla la posibilidad de que un contrato de carácter oneroso pueda concluirse en situación de clara desventaja para una de las partes, por causa de su dependencia de la otra parte, o impulsado por una situación de especial vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa. En estos casos, es evidente que debe operar la limitación de la efectividad de tales acuerdos, pero no por el hecho de que versen sobre la entrega del bien dado en garantía para reembolsar el préstamo, sino porque atentan contra los principios rectores de nuestro derecho de contratos³².

El legislador español no es el único, dentro de los países del *continental law*, que ha obviado la transposición del artículo 28.4 de la Directiva. Alemania y Francia tampoco entran en esta materia, aunque la situación de sus sistemas de garantías es bien diferente.

En Alemania, todo lo relativo al crédito al consumo —proveniente tanto de la Directiva 2008/48/UE como de la Directiva 2014/17/UE—, ha quedado codificado en el BGB, que regula cuestiones como la evaluación de la solvencia económica del prestatario regulada en los artículos 18-20 de la Directiva 2014, y otras como los contratos vinculados, el crédito en moneda extranjera o las obligaciones de asesoramiento por parte de las entidades prestamistas o por terceros³³. En cuanto a la prohibición del pacto comisorio, aparece en sede de prenda (§ 1229 BGB). Al mismo tiempo, la figura de

la transmisión de propiedad en garantía, de gran raigambre en este país, se ha convertido en una de las garantías más extendidas en la práctica, aunque siempre para bienes muebles, no para inmuebles³⁴. Esta situación divide a la doctrina alemana entre los que entienden que también afecta a la transmisión en garantía la prohibición del pacto de *lex comissoria*, sobre la base de que no es una norma propia de la prenda sino un principio general, y los que niegan la aplicación de este precepto a la transmisión en garantía, porque esta figura se estructura de forma distinta —e incluso opuesta y contraria— a la prenda³⁵. Lo que está claro es que, en la figura de la transmisión de propiedad a título de garantía, el propio tomador de la garantía puede ser quien adquiera finalmente, para sí, la cosa en la ejecución, siempre que no se haga un uso indebido de este derecho, es decir, dentro de los límites del deber, implícito en todo acuerdo de garantía, de ejecutar la cosa de la manera más provechosa posible y respetando los intereses del prestador de la garantía.

En Francia, la prohibición del pacto comisorio se encontraba recogida en el *Code*³⁶, pero esta situación reversionó absolutamente a partir de la reforma introducida mediante la Ley de 26 de julio de 2005, para la confianza y la modernización de la economía, que habilitó al Gobierno para reformar el derecho de garantías³⁷. Por ello, al tiempo de la promulgación de la Directiva, se hizo innecesaria la transposición de este concreto aspecto. En la actualidad el artículo 2373 *Code* establece que la propiedad de los bienes inmuebles puede ser retenida o cedida en garantía³⁸. En definitiva, el legislador francés ha optado por transformar el régimen legal de garantías reales, consagrando en concreto, la cesión de la propiedad en garantía y, con ella, la desaparición de la prohibición del pacto comisorio de su sistema jurídico.

En las líneas que siguen voy a abordar un poco más en detalle la cuestión de la transposición de la Directiva en el derecho civil italiano, que contiene una disposición del mismo tenor que la del artículo 1859 del Código civil³⁹, y que ha procedido a realizar la transposición del artículo 28.4 de la Directiva.

3. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ITALIA

La prohibición del pacto comisorio proveniente del Derecho romano, aunque potenciada por el Derecho canónico en su afán de represión de la usura, llega hasta el *Codice civile* (arts. 1884 y 1894 CC de 1865) y se perpetúa en el vigente *Codice* de 1942 (arts. 2744 y 1963) más por razones estructurales, de índole jurídica, que por razones morales, puesto que dicho pacto comisorio queda sustituido por el *ius distrahendi* que se otorga al acreedor titular de un derecho de garantía. Sobre la base de esta normativa, la jurisprudencia italiana mantiene hasta nuestros días el esquema clásico de

prohibición de cualquier negocio que *encubra*⁴⁰ la posibilidad de transferencia del bien dado en garantía al acreedor⁴¹. Así las cosas, a pesar de que la dinámica del mercado de crédito conduce de forma innata hacia mecanismos más flexibles, que pretenden eludir la prohibición legal en defensa de los intereses de la parte acreedora, (que se ve perjudicada por la lentitud de los procedimientos de ejecución ordinaria, sin resultado final satisfactorio), la solidez del dogma tradicional explicitado en la normativa civil, dificulta el juego de la autonomía de la voluntad en esta dirección.

Junto con la prohibición del artículo 2744, se encuentra regulada en Italia la llamada *vendita con riscatto* (arts. 1500-1509 CC⁴²) o la *vendita con riserva di proprietà* (arts. 1523 y sigs. CC), igual que ocurre en el derecho español. Esta realidad es causa de debate entre la doctrina, dado que a la discusión sobre el fundamento de la prohibición del pacto comisorio en la actual realidad socioeconómica, se suma la necesidad de operar una *reductio ad unum* con otras instituciones como las mencionadas⁴³. En concreto, respecto a la venta con pacto de retro, la razón para determinar la nulidad de los contratos en los que la transferencia de la propiedad queda subordinada a la devolución de una determinada cantidad por parte del deudor/recomprador del bien es, precisamente, que la *causa solvendi* del negocio de compraventa se diluye en la finalidad de garantía que penetra todo el negocio jurídico, el cual ya no puede calificarse como una venta⁴⁴. Se prioriza, así, el aspecto funcional del negocio (garantía) independientemente de que el tipo contractual utilizado sea uno de los previstos en el *Codice civile*⁴⁵.

La transposición de la Directiva 2014 se plantea en Italia cuando ya hay voces que solicitan una evolución de los sistemas de garantía, y una interpretación más flexible de la referenciada prohibición del pacto comisorio⁴⁶. La punta de lanza son determinados instrumentos financieros en los que se considera que es más sencillo determinar a priori la proporción entre la cuantía del préstamo y el valor de la garantía, no sujeto a cambios como ocurre con respecto al valor de los bienes inmuebles, máxime en contextos de crisis⁴⁷. Al mismo tiempo, se van consolidando en el derecho contractual italiano algunos conceptos relevantes del derecho europeo de contratos como el del incumplimiento esencial, necesario para que el acreedor pueda resolver anticipadamente el préstamo y reclamar la deuda⁴⁸, lo cual, sin duda, produce un efecto protector inmediato del consumidor prestatario. Por último, se plantea el dilema entre la diligencia exigible al acreedor —la autotutela—, y el recurso a la autoridad judicial en la ejecución de las garantías⁴⁹.

El legislador italiano, en obediencia al mandato comunitario de transponer la Directiva 2014⁵⁰, en concreto el artículo 28.4 relativo a la transferencia de la garantía al acreedor, introduce una relevante reforma de la legislación sectorial bancaria, sin entrar, por tanto, a modificar la prohibición del pacto

comisorio contenida en el *Codice*. En efecto, el Decreto legislativo n. 385 de 1 de septiembre de 1993 (Texto Único Bancario⁵¹) es reformado mediante el Decreto legislativo n. 72 de 21 de abril de 2016, que introduce un capítulo I bis, titulado «Crédito inmobiliario a los consumidores», en el que se regula la financiación que una entidad bancaria puede proporcionar a un consumidor prestatario garantizada con hipoteca sobre el derecho de propiedad o sobre otro derecho real que tenga por objeto bienes inmuebles residenciales. La financiación debe ir destinada a la adquisición o a la conservación de la propiedad sobre un terreno o sobre un inmueble edificado.

Así, el nuevo artículo 120 *quinquiesdecies*, (apartados 3 y 4)⁵² contiene la regulación de un verdadero pacto comisorio que permite, entre otras cosas, la transferencia de la garantía al acreedor en condiciones no perjudiciales para el deudor consumidor, esto es, lo que ha venido a definirse como un pacto marciano. Se contempla el acuerdo que permita la dación en pago de deuda, o la apropiación del bien por parte del acreedor, o la puesta a la venta del bien, salvaguardando la extinción del crédito aunque el valor del bien sea inferior a la deuda —en claro perjuicio para la entidad financiera—. Si es al revés, si el bien vale más de la cantidad a la que asciende la deuda pendiente, se establece la obligación del acreedor de retornar el exceso al deudor. El recurso a esta vía está limitado al supuesto de un impago relevante —incumplimiento esencial—; por lo menos una cantidad equivalente a dieciocho cuotas mensuales. En cuanto a la valoración del bien, se establece que la misma se realizará en un momento posterior al incumplimiento y por un perito independiente escogido por las partes de común acuerdo o, en su defecto, nombrado por el tribunal. Queda consagrada, así, la posibilidad de recurrir a la ejecución privada, al margen de los procedimientos previstos para la ejecución hipotecaria, y se obvia absolutamente la cuestión del posible perjuicio causado a los acreedores posteriores, al transferirse la titularidad del bien dado en garantía, como fórmula para extinguir el crédito pendiente.

Cabe realizar, sobre esta innovadora normativa, cuanto menos, dos advertencias. La primera, que chirría bastante la compatibilidad que el legislador pretende entre el mantenimiento de la prohibición del pacto comisorio en los términos que constan en el *Codice*, y la introducción de esta suerte de pacto, precisamente para los créditos garantizados con hipoteca, en la que el recurso a mecanismos privados de ejecución está expresamente sustituido por los procedimientos legalmente establecidos para el ejercicio del *ius distrahendi* por parte del acreedor. En segundo lugar y, ya puestos a arbitrar legalmente la compatibilidad de sistemas alternativos y contrapuestos de ejecución, ¿por qué solo se prevé para la garantía hipotecaria si la Directiva se refiere, en general, a cualquier garantía real? Esta solución limita sustancialmente la eficacia buscada por el legislador europeo para introducir la

posibilidad del pacto marciano en cualquier crédito inmobiliario, sea cual sea la garantía escogida por las partes.

El cambio de paradigma no se ha limitado en Italia a la contratación con consumidores, sino que también ha afectado a la actividad mercantil. La introducción del artículo 48 bis TUB mediante Decreto Legislativo n. 59, de 3 de mayo de 2016 supone un nuevo pacto marciano, muy extenso y detallado, para favorecer la financiación a los empresarios⁵³. En este caso sí se incide por el legislador en el carácter alternativo de este pacto con respecto a la hipoteca y sus reglas: se establece que ha de observar los mismos requisitos formales que se exigen para la constitución de la garantía hipotecaria y puede pasar por delante de esta con determinadas condiciones y, por supuesto, por delante de todas las cargas posteriores a la hipoteca que se hubieran inscrito antes de la formalización del pacto marciano⁵⁴. El acuerdo contempla, básicamente, la entrega de la propiedad de un bien o de un derecho real ya sea titularidad del deudor o de un tercero, al acreedor, condicionado a que se produzca el incumplimiento del deudor empresario. Se regula detalladamente en qué supuestos cabe entender que ha habido incumplimiento lo suficientemente grave por parte del deudor, en concreto deben pasar al menos nueve meses desde que se produzcan tres impagos, siempre que la cuota sea mensual, o doce meses desde un impago si los plazos fijados son superiores a un mes⁵⁵.

Ambos artículos de la normativa bancaria, tanto el aplicable a consumidores como el que se dirige al deudor empresario, buscan la protección del deudor mediante un cuidadoso procedimiento de avalúo del bien dado en garantía. Se establecen las reglas para que, una vez verificado el incumplimiento, el acreedor pueda solicitar del juez el nombramiento de un perito que se encargue del avalúo del bien sobre el que recae la garantía⁵⁶. Es aquí donde desaparece, o cuanto menos se diluye sustancialmente a mi juicio, el elemento de autotutela del acreedor, por cuanto la intervención del juez se torna decisiva, especialmente cuando existan otras posibles ejecuciones judiciales iniciadas con anterioridad sobre el mismo bien o derecho real⁵⁷. Pese a todo, si se compara este procedimiento con el previsto para la ejecución hipotecaria, no cabe duda de que se ha producido una clara simplificación del proceso de satisfacción del interés del acreedor.

Se consagra definitivamente en Italia la legalidad —si se cumplen una serie de requisitos— del traspaso de la propiedad de un bien al acreedor, con fines de garantía, y se tipifican los supuestos en los que puede operar dicho traspaso⁵⁸. En efecto, el legislador ha dado un importante paso al frente al convertir en supuesto legalmente sancionado lo que hasta ahora solo cabía al albur de la autonomía contractual, y sujeto a la mirada desconfiada de los tribunales, encargados de velar porque tales acuerdos no escondieran un intento de eludir la prohibición del pacto comisorio. A partir de la entrada

en vigor de estas normas, una parte de la doctrina italiana retoma con fuerza la crítica contra el mantenimiento de la prohibición del pacto comisorio en el *Codice*, y defiende la introducción de garantías reales atípicas que rompan con el principio de *numerus clausus*, y permitan una mayor flexibilidad del mercado crediticio, así como una más eficiente tutela ejecutiva⁵⁹. Se afirma que el legislador ha marcado una estructura común, que puede repetirse en cualquier fórmula de financiación, lo cual permite plantearse la posibilidad de tomarla como modelo para hacer extensible su eficacia jurídica a toda contratación de crédito con garantía real.

A mi juicio, el legislador italiano trata de concebir el pacto marciano —permitido por la ley— como sustancialmente diferente al pacto comisorio —que permanece vedado—, sobre la base del respeto a la libertad contractual y la protección a la parte deudora. En efecto, en la normativa italiana de transposición de la Directiva, la defensa de los intereses del financiador y los derechos de los demás acreedores se sacrifica en aras de lograr la eficiencia del mercado crediticio, siempre que se respete el derecho del deudor a que el bien sea objeto de una valoración objetiva e independiente, para poder recuperar el exceso de valor si lo hubiera. Y este es un planteamiento claramente aplicable a todas las garantías reales que puedan acompañar a un crédito inmobiliario a consumidores, no únicamente a la garantía hipotecaria.

III. EL PACTO COMISORIO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE GARANTÍAS

1. DERECHO CIVIL CATALÁN Y DERECHO FORAL NAVARRO

La doctrina y la jurisprudencia en Cataluña ha manifestado repetidamente que la prohibición del pacto comisorio no puede considerarse general, dado que no existe en el derecho civil catalán una norma del tenor del artículo 1859 del Código civil. Comenzando por los tribunales, hay dos sentencias del año 2019 que recogen de forma palmaria esta doctrina⁶⁰. Ambas recogen un supuesto de hecho muy similar⁶¹, en el que la escritura de préstamo hipotecario y la de constitución de una opción de compra se otorgan simultáneamente, el mismo día y ante el mismo notario, aunque la persona del optante y la del acreedor hipotecario no coinciden (quizá, ¿para evitar problemas de inscripción en el Registro de la Propiedad?). Lo cierto es que el ejercicio de la opción de compra queda sujeto a la condición suspensiva del impago del préstamo hipotecario, y el plazo también se referencia a la fecha de vencimiento del crédito (el optante dispone de un año exacto desde el vencimiento del préstamo, que ha de reintegrarse

en una sola cuota, para ejercitar la opción si hay impago). Meses después el primer optante transmite por precio su derecho de opción al acreedor hipotecario, que será quien, una vez se produce el incumplimiento de la parte deudora, ejerce la referida opción de naturaleza real y adquiere la propiedad del inmueble dado en garantía. Señala el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que la opción de compra así diseñada en los acuerdos de las partes, es válida y lícita por los siguientes motivos: «*En Derecho civil catalán no rige la prohibición del pacto comisorio en el sentido que explicitan los artículos 1859 y 1884 CCE, en los derechos reales de garantía típicos (retención, prenda, hipoteca y anticresis) ni en los atípicos. Por tanto, cabe la posibilidad de admitir cualquier tipo de garantía, típica o atípica, siempre que: I. Se respete el principio de autonomía de la voluntad y no se contravenga el pacto ni las normas imperativas y habiendo sido aceptado libremente por el deudor. II. Se respete el principio de no enriquecimiento injusto, mediante una justa valoración del bien. III. No se perjudique a terceros (par conditio creditorum). Evidentemente, el derecho catalán rechazaría cualquier tipo de enriquecimiento injusto que conforme a las circunstancias del caso revelen un inadmisibles sacrificio patrimonial para el deudor, el propietario del bien o ambos*».

Por otra parte, el Tribunal rechaza la idea de que pudiera constatar-se en estos supuestos una hipotética voluntad de encubrir o disimular un pacto comisorio, cuestión que aparece con frecuencia en las resoluciones del Tribunal Supremo. No hay un entramado negocial simulado, ni nulo ni fraudulento en los términos fijados en el artículo 6.3 y 6.4, ni cabe deducir que las partes hayan actuado con fines fraudulentos o persiguiendo fines espurios o ilegítimos. Finalmente, a partir de los datos económicos del caso concreto⁶², el Tribunal constata que no hay enriquecimiento injusto del prestamista, puesto que queda constancia que se le debían 562.555,55 euros y se pudo quedar los inmuebles por el precio de 489.000 euros, lo que no produce enriquecimiento por existir un débito superior.

En cuanto a la doctrina, la argumentación es muy similar, se parte de que nunca ha sido general la prohibición del pacto comisorio en Cataluña, como lo demuestra la propia existencia de la venta a carta de gracia, que lleva implícito el pacto comisorio⁶³. Por otra parte, el análisis de las diferentes garantías reales recogidas en el artículo 568 del Código civil de Cataluña permite constatar que el pacto comisorio aparece expresamente vedado en dos casos concretos, el derecho de censo y el de superficie (arts. 565-8.7 y 564-5 CCCat). Muy al contrario, en el caso de la prenda, la anticresis y el derecho de retención, del tenor literal de los preceptos que regulan estas garantías cabe concluir que el legislador incluso prefiere otros mecanismos de realización del bien dado en garantía (es decir, la venta directa) siempre que haya acuerdo entre las partes. Ello implica, lógicamente, la devolución

al titular del bien del exceso, si lo hubiera, una vez realizada la venta del bien y liquidado el préstamo.

La regulación de la opción de compra como derecho voluntario de adquisición contenida en los artículos 568-1 a 12 del Código civil de Cataluña, si bien perfeccionable en algunos aspectos, otorga carta de naturaleza a esta institución, que encaja absolutamente en el sistema jurídico catalán. Dentro del capítulo dedicado a los derechos de adquisición se regula tanto el derecho de opción (arts. 568-8 a 568-12), como el derecho de redimir en la venta a carta de gracia (arts. 568-28 a 568-32)⁶⁴, como dos caras de la misma moneda, y ambas figuras son empleadas con frecuencia en el contexto de la financiación para la adquisición de inmuebles, a pesar de que el legislador catalán no ha entrado a regular su posible virtualidad como instrumento de garantía⁶⁵. A mi juicio, tal y como también ha señalado el Tribunal Superior de Justicia, esta función de garantía es posible y lícita, porque existen remedios en el Derecho civil catalán para evitar, en su caso, los supuestos de enriquecimiento injusto del acreedor:

«También el derecho de opción se ha visto como una figura que puede desarrollar una estricta función de garantía en el supuesto de que la facultad de adquisición voluntaria de un bien concedida al acreedor está condicionada al incumplimiento de una obligación dineraria —usualmente, préstamo— del deudor. Como ya se ha visto (entre otros, STS 3111/1986 y STSJ 14/1991, de 31 de octubre), se trata de una modalidad negocial válida a pesar de que su finalidad primordial sea de garantía, sin perjuicio que una eventual carencia de correlación entre el precio de la opción y el importe de la deuda... o el hecho que la operación encubra un préstamo usurario pueda ser corregida por medio de los remedios legales específicos (acción de enriquecimiento injusto; nulidad por usura; rescisión por lesión). Desde esta perspectiva, no es baladí recordar la doctrina finalmente establecida por este tribunal respecto del justo precio en la rescisión por lesión de los contratos de opción. Partiendo del carácter principal del derecho de opción, se considera que el valor de la cosa es el de la fecha de perfección de la opción, no el de la fecha de conclusión del negocio translativo en caso de ejercicio del derecho, lo cual es un estímulo para que las partes introduzcan ab initio cláusulas de estabilización de la contraprestación para la adquisición del bien, tal como autoriza el artículo 568-6, bl CCCat (SSTSJ 1/2011, de 7 de enero [RJ 2011, 1418], y 17/2011, de 31 de marzo de [RJ 2011, 5824]). El legislador ha convertido este criterio en norma legal mediante el artículo 621-46.3 CCCat (“el desequilibrio a que hace referencia el apartado 1 tiene que existir en el momento en que se pacta la opción”)...»⁶⁶.

En Navarra, la situación es equiparable a lo que se observaba en líneas precedentes con respecto al derecho alemán, hay una prohibición expresa del

pacto comisorio en sede de prenda, que convive con la figura de la fiducia en garantía y, en el caso de Navarra, también con la venta con pacto de retro o a carta de gracia, con funciones de garantía.

En efecto, la Ley 469 prohíbe bajo pena de nulidad el pacto comisorio en la prenda, aunque luego atenúa el rigor de la prohibición, puesto que admite formas diferentes de ejecución del bien pignorado al margen de la subasta judicial o extrajudicial. Además, la Ley 466 sobre fiducia en garantía, expresamente reconoce al acreedor el derecho a adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o derecho, cuando lo hubiera pactado con su deudor. Por último, en la venta a carta de gracia, la norma establece el procedimiento por el que el acreedor puede acabar apropiándose de la cosa, *ex lege*, sin necesidad o al margen de lo que haya sido pactado por las partes (Ley 477)⁶⁷.

A partir de aquí, cabe entender que tampoco en Navarra rige una prohibición general del pacto comisorio. Por el contrario, el sistema de garantías está ampliamente desarrollado permitiendo diferentes mecanismos en los que el impago del préstamo da lugar a la apropiación del bien por el acreedor. Respecto a la fiducia en garantía, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha señalado que dicho instrumento permite, si se hubiere pactado por las partes, que el acreedor, ante la mora del deudor, pueda adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho y, con ello, extinguir la obligación garantizada: «*en definitiva permite el derecho navarro vigente el pacto comisorio*»⁶⁸. Junto a ello, el Tribunal Superior determina que la norma de la Ley 478 (que se ubica sistemáticamente dentro de la regulación de la venta a carta de gracia como instrumento de garantía y prohíbe la rescisión por lesión enorme en el precio o importe del préstamo que queda saldado con el bien o derecho), se aplica también a la fiducia en garantía.

Respecto a la opción de compra como derecho voluntario de adquisición, está regulada en la Ley 461, en el título anterior al de las garantías reales, rubricado como «De los retractos y otros derechos de adquisición preferente», y tampoco el legislador navarro prevé la posibilidad de que este mecanismo de adquisición pueda tener una función de garantía⁶⁹. No obstante lo cual, si la autonomía de la voluntad de las partes concibiera una opción de compra como instrumento de garantía, parece claro que en el Derecho navarro tal negocio jurídico también podría quedar sujeto a la rescisión por lesión enorme, si se produce la vulneración de los derechos de la parte concedente de la opción⁷⁰.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que si el pacto comisorio no está vedado en determinados supuestos en las comunidades autónomas de Cataluña y de Navarra, no es posible sostener que su prohibición sea de orden público en nuestro país, en tanto que el derecho civil de estas comunidades

es respetuoso con los valores constitucionales, y especialmente con el artículo 51, que consagra el principio de protección al consumidor y lo eleva al más alto rango legal⁷¹. En ocasiones —no demasiadas— los tribunales o la jurisprudencia registral han elevado a la condición de norma imperativa de orden público la contenida en el artículo 1859 del Código civil⁷² pero esto es más que discutible, máxime cuando existen mecanismos alternativos para obtener la protección de los valores cuya defensa constituye el fundamento de la tan referenciada prohibición. Por ello, la existencia de la prohibición del comiso para algunas garantías reales y en determinados territorios del Estado español no la convierte automáticamente en un principio de orden público. Nuestro sistema constitucional admite tanto esta solución como la contraria, siempre que se obtenga el objetivo de proteger los legítimos intereses económicos de los consumidores, los sistemas de garantías catalán y navarro constituyen buena prueba de ello. En el siguiente apartado trataré de mostrar una suerte de evolución de la jurisprudencia española hacia un planteamiento menos dogmático y apriorístico de la prohibición del comiso que, aunque no puede afirmarse que esté motivado por la entrada en vigor de la Directiva, sí es, de facto, más acorde con el derecho comunitario de consumo, puesto que tiende a admitir supuestos de ejecución extrajudicial de las garantías, cuando no se produce el enriquecimiento injusto de la parte acreedora en detrimento del prestatario.

2. LA JURISPRUDENCIA ANTE EL PACTO MARCIANO COMO MEDIO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LAS GARANTÍAS

Ya me he referido a la obligación que emana de la Directiva, según la cual los Estados miembros no pueden impedir los acuerdos sobre la transferencia al acreedor, de la garantía o de los ingresos derivados de la venta de la garantía, como medio para reembolsar el crédito. De modo que la doctrina jurisprudencial que rechaza de forma apriorística cualquier pacto que contemple el comiso podría considerarse, desde la promulgación de la Directiva, condicionada por esta obligación de resultar compatible con lo dispuesto en su artículo 28, apartado 4. Más aún cuando se trata de un precepto que no ha sido objeto de una expresa transposición a nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, las Directivas, una vez aprobadas, surten determinados efectos jurídicos en los ordenamientos nacionales al formar parte de los mismos, si bien no con el mismo grado de eficacia que los reglamentos comunitarios. Uno de estos efectos jurídicos es el de producir la interpretación de las normas internas de conformidad con el derecho europeo⁷³. El papel de la jurisprudencia se torna decisivo a estos efectos. Desde el 28 de febrero de

2014 la Directiva entró en vigor, y, por tanto, desde ese momento, también forma parte de nuestro derecho interno (art. 93 CE). Y son los tribunales españoles los encargados de realizar una labor interpretativa de la norma española acorde con la Directiva. Veamos algunas resoluciones para constatar si esto es así.

En primer lugar, es preciso recordar que, históricamente, y a diferencia de la Dirección General de los Registros, el Tribunal Supremo ha mostrado una doctrina vacilante con respecto al pacto comisorio. Así, la Sentencia de 22 de diciembre de 1988 llegó a admitir la licitud de pactos como este, en la consideración de que la prohibición del comiso no era de carácter general⁷⁴. Cuando el comiso aparece en relación con una opción de compra en garantía, el Tribunal Supremo ha declarado en diversas ocasiones la validez de la escritura de compraventa resultante del ejercicio de la opción, aunque el optante/acreedor hubiera compensado su crédito con el precio de la compraventa⁷⁵.

Existen también resoluciones, de fechas recientes, en las que el Tribunal Supremo se muestra mucho más restrictivo, como la de 21 de febrero de 2017, en la que declara la nulidad de un pacto entre fiadores y deudores por el que los primeros podían ejercitar la opción de compra sobre el inmueble hipotecado de los segundos, si estos desatendían el pago de las cuotas del préstamo a la entidad crediticia obligando a asumir su pago a los avalistas⁷⁶. Pero queda claro que el rechazo de este concreto pacto comisorio tiene un fundamento de protección al deudor prestatario, puesto que, según el acuerdo otorgado ante notario entre fiadores y deudores, la disposición de la vivienda en favor de los fiadores operaría automáticamente ante el incumplimiento total o parcial de los deudores, esto es, sin ningún procedimiento objetivable de valoración del bien, y sin ningún mecanismo de restitución o compensación a los deudores por los pagos y gastos ya satisfechos a la prestamista.

En cuanto a la Sentencia de 4 de febrero de 2020⁷⁷, resulta esclarecedor el supuesto fáctico que tuvo que enjuiciar el Tribunal Supremo: «1.-El día 10 de marzo de 2009, D. Sabino y D.^a Olga, como prestatarios, y D. Juan Luis y D. Pedro Antonio, como prestamistas, suscribieron una escritura de préstamo con garantía de hipoteca sobre determinado inmueble, vivienda habitual de los prestatarios, por importe de 51.346,14 euros, que confiesan recibidos en metálico, con un único plazo de amortización que vencía el día 10 de septiembre de 2009. 2. El día 15 de septiembre de 2009, las mismas partes otorgaron una escritura de novación del anterior préstamo hipotecario con un doble objeto: ampliaban el capital del préstamo en 17.176,48 euros y también su plazo de duración, prorrogando la fecha del vencimiento previsto para su amortización en tres meses. Como consecuencia de la ampliación del capital, quedó fijada la cantidad total pendiente de amortizar en 70.920 euros. 3.- El

día 9 de diciembre de 2009 las mismas partes, esto es, los Sres. Sabino y Olga, como vendedores, y los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, como compradores, otorgaron escritura de compraventa de la misma finca hipotecada. El precio de dicha compraventa se fijó en 165.920 euros, especificando la escritura en cuanto a su modo de pago lo siguiente: Dicha cantidad se integra: 1. Por la suma de 70.920 euros, importe actual de la hipoteca que a favor de los aquí compradores grava la finca transmitida, suma esta que es retenida por los compradores para cancelar dicha deuda, ...y el resto, o sea 95.000 euros, confiesa la parte vendedora haberlos recibido a día de hoy».

Los vendedores/deudores hipotecarios demandaron solicitando se declarase nula la venta de su vivienda habitual, porque encubría un pacto comisorio prohibido ya que, al tiempo de la venta, se había pactado verbalmente por las partes, la posibilidad de que se pudiera recuperar la vivienda si se pagaba el préstamo pendiente, más la nueva cantidad recibida en ese momento. Ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial estimaron la petición de los demandantes. En cuanto al Tribunal Supremo, después de dedicar el Fundamento de Derecho 2.º a argumentar por extenso sobre la prohibición del pacto comisorio en el derecho español, y sobre su aplicación a la compraventa con pacto de retroventa simulada en función de garantía, no duda en establecer, en el Fundamento de Derecho 3.º, que el supuesto de hecho analizado en el caso concreto no esconde una venta con funciones de garantía, a la vista de la prueba recabada en el procedimiento.

A mi juicio, está claro que en este caso los acreedores no quisieron acudir a la ejecución hipotecaria para obtener el resarcimiento de su crédito, sino que se *apropiaron* del bien hipotecado para cobrarse su crédito. Pero también queda acreditado que realizaron nuevo pago a los deudores por el valor de la diferencia entre la primera cantidad prestada y el valor total de la vivienda que se fijó en la escritura como precio de la compraventa. Y el Tribunal Supremo no puede sino rendirse ante la evidencia de que, en este caso, las partes han hecho uso legítimamente de su autonomía negocial, y han encontrado una fórmula para obtener un resultado más satisfactorio y rápido que el que se deriva de la aplicación de las reglas procesales de la ejecución hipotecaria. Este es el motivo de fondo de la disposición comunitaria contenida en el artículo 28.4 de la Directiva, promocionar el pacto entre las partes implicadas para alcanzar soluciones más eficientes que la ejecución hipotecaria. Luego puede entenderse que esta resolución del Tribunal Supremo está cumpliendo el mandato de interpretar la norma española de forma acorde con la Directiva.

Así, la cuestión de fondo no es la prohibición taxativa del pacto comisorio, así como de cualquier forma privada de ejecución de la garantía, sino la vigilancia respecto a las condiciones en que tales negocios se llevan a cabo, siendo obligación del tribunal evitar los posibles abusos del acree-

dor, cuando los haya. En este contexto, el pacto marciano como medio de ejecución extrajudicial de las garantías reales sería válido también en el sistema español siempre que, a) se asegure una valoración independiente, objetiva y equitativa del bien objeto de la garantía y b) se establezca la obligación de devolver al prestatario, en su caso, el exceso del valor de la cosa (o de su precio) con respecto a la deuda pendiente. La concurrencia de tales condiciones evitaría, por un lado, un enriquecimiento injustificado del *accipiens* que recibe el inmueble o su precio y, por otro, el perjuicio de los restantes acreedores del deudor, ya que el deudor obtendría el remanente de valor del bien, una vez liquidado el préstamo y mantendría el resto de su patrimonio intacto, ciñéndose la ejecución extrajudicial de la garantía al bien sobre el que esta recae⁷⁸. También puede analizarse desde el prisma de la doctrina de la causa: este pacto marciano no produce desequilibrio en las prestaciones de las partes, por cuanto el acreedor adquiere el bien, no solo con base en la *causa solvendi* del contrato de financiación, sino también en una verdadera *causa tradendi*, se hace titular del bien porque abona su precio, determinado conforme a una valoración objetiva.

Pueden encontrarse algunas sentencias en las que se admiten distintos supuestos de pactos maricianos, a modo de excepciones válidas a la prohibición del pacto comisorio, casi siempre en relación con las garantías financieras. Así, en ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido la validez de la ejecución de la prenda sobre imposiciones bancarias a plazo (depósitos a plazo) sin que rijan en estos casos la prohibición de pacto comisorio. El motivo que alega el Tribunal es que se trata de un valor dinerario objetivo⁷⁹. A este respecto, no debe olvidarse que el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública llevó a cabo la transposición de la Directiva 2002/47/UE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera, y lleva tiempo aplicándose por nuestros tribunales⁸⁰. No es una reforma legal en absoluto intrascendente, puesto que regula la ejecución extrajudicial de las garantías financieras, permitiendo al acreedor que se apropie, venda o arriende el objeto de la garantía, de forma comercialmente razonable, cuando así lo haya pactado con el deudor y siempre que la garantía recaiga sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito. De modo que el legislador español, cumpliendo el mandato del europeo, regula y propicia el recurso a la ejecución extrajudicial de algunas garantías mediante pactos maricianos, cuando la garantía recae sobre determinados bienes. La pregunta que surge inmediata es por qué no ha hecho lo mismo al tiempo de proceder a la transposición de la Directiva 2014, referida al crédito inmobiliario, ¿es que no es posible obtener un valor objetivo e imparcial de los bienes inmuebles dados en garantía? Es evidente que sí, de hecho, tanto la Ley 461 CDCFN como el artículo 568-6 b) CCCat contem-

plan la necesidad de establecer una serie de criterios o un procedimiento de determinación de la contraprestación a pagar al tiempo de ejercer la opción y adquirir el bien, presuponiendo con ello que el valor del bien puede verse alterado en el tiempo que transcurra entre la constitución de la opción y su ejercicio, y que es necesario que las partes acuerden un sistema objetivo de determinación del precio de la opción.

Así pues, y perdida la oportunidad por el legislador de transponer el artículo 28.4 de la Directiva en la LCCI, la obligación de los tribunales de lograr el respeto a esta norma comunitaria en el sistema español de garantías inmobiliarias se torna aún más exigente.

Debe mencionarse también en este apartado la jurisprudencia registral que, como es bien conocido, es la que más tajantemente se opone a la posibilidad de admitir, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, el pacto comisorio, y deniega sistemáticamente el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras notariales en las que se constituye una opción de compra o una compraventa, con fines de garantía⁸¹. Pero la razón de ser es siempre la misma, el temor a que la apropiación del bien por parte del acreedor perjudique al deudor, básicamente porque en la mayoría de los supuestos el precio de la apropiación se determina en el momento de concederse el crédito, de manera que, como el incumplimiento se produce después y el valor del bien inmueble puede variar, existe un claro riesgo de enriquecimiento injusto del acreedor.

Sin embargo, en algunas ocasiones, la DGRN ha defendido un criterio menos restrictivo, básicamente sobre la base de la competencia judicial para entrar en el enjuiciamiento de las cláusulas contractuales que podrían vulnerar la prohibición legal del acuerdo comisorio. Así, en la Resolución de 8 de abril de 1991⁸², la Dirección General se encuentra con el siguiente supuesto de hecho: *En escritura pública otorgada ante don Vicente P.LL., Notario de Barcelona, doña Ana R.M. concedió a los cónyuges don Manuel F.C. y doña Teresa D. un derecho de opción de compra sobre una finca urbana de su propiedad, sita en la calle..., de Barcelona. En el pacto C de la referida escritura se estableció: «El precio alzado convenido por ambas partes para la compra de la finca relacionada en caso de ejercitarse la opción, se fija en la suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas; que deberá satisfacer la señora R.M. al otorgarse la correspondiente escritura de compraventa. El precio convenido de un millón doscientas cincuenta mil pesetas, se estipula a base de que la finca relacionada esté libre de cargas y gravámenes, puesto que en el supuesto de existir alguna hipoteca afectando a la finca o cualquier otro gravamen, su importe sería descontado del total precio pactado y retenido por la compradora para pagar en su día y cancelar las referidas cargas. Asimismo, convienen los otorgantes que la optante podrá satisfacer en todo o en parte el precio de adquisición, por vía de compensación de los créditos*

que en el momento de ejercitar la opción ostente contra los cedentes señores F.-D». Ante la posibilidad de entender que se ha configurado una especie de garantía atípica, y que entraría dentro de la sanción legal de nulidad por contener un pacto comisorio que se deduce de la previsión de poder compensar el precio de la opción con las deudas que, en el momento de ejercerla, tuvieran los concedentes a favor de la parte optante, la Dirección entiende que puede considerarse que se trata de un contrato típico de opción en el que se prevé la compensación como una de las posibles formas de realización del pago, caso de su ejecución por el optante. Para entender que se ha configurado un negocio fraudulento se exigiría la justificación en el procedimiento judicial adecuado. Así, reconoce el órgano resolutorio que son los tribunales quienes tienen competencia para determinar, en su caso, si el negocio jurídico es fraudulento o contrario a una norma imperativa y ordena la inscripción de la escritura de opción de compra, aunque sin incluir el pacto de compensación, por entender que carece de trascendencia registral. La Resolución de 23 de julio de 2005⁸³ reitera la idea del respeto escrupuloso de la calificación que realicen los tribunales sobre el negocio objeto de inscripción: *«Este Centro Directivo en modo alguno puede compartir la postura del Registrador, puesta de manifiesto en su nota de calificación, cuando realiza una subjetiva interpretación de las relaciones jurídicas que ligaban a las partes sin tener en cuenta los pronunciamientos judiciales que sobre tal cuestión han recaído. Indudable es que, en el caso que nos ocupa, la función calificadora del Registrador puede —y debe— desplegar sus efectos, tal y como se pone de relieve en el fundamento de derecho anterior, respecto de los obstáculos que puedan surgir del Registro (sin olvidar los restantes extremos que enumera el artículo 100 del Reglamento Hipotecario); pero no lo es menos que lo que sí que le está completamente vedado a aquel es entrar a examinar el fondo de las resoluciones judiciales, pues ello sería tanto como habilitarle para entrar a revisar “la justicia intrínseca del fallo”»*⁸⁴.

Por último, debe destacarse la relevante Resolución de 26 de diciembre de 2018⁸⁵ que, aunque afecta a una garantía mobiliaria (una hipoteca naval concertada sobre el *Madrid Spirit*, petrolero con bandera española matriculado en Santa Cruz de Tenerife) emplea los argumentos que se han venido esgrimiendo hasta aquí para declarar la validez de un pacto marciano en virtud del cual se facultó a uno de los acreedores hipotecarios, en caso de incumplimiento del préstamo garantizado por la hipoteca, a adjudicarse el buque o a venderlo a terceros, por un precio mínimo a determinar mediante dos tasaciones de expertos independientes. El Registro de Bienes Muebles de Tenerife denegó la inscripción de dicha cláusula, y la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido su validez, con sujeción a determinados requisitos que no se cumplían en el caso examinado. Se trata de la primera ocasión en la que se reconoce con claridad por la Dirección General

la admisibilidad del pacto marciano, es decir, la estipulación contenida en el contrato de constitución de la garantía en virtud de la cual se autoriza al acreedor a apropiarse del bien garantizado o a venderlo a terceros, sin intervención judicial ni notarial, siempre que lo haga por un valor objetivamente determinado. La validez e inscribibilidad del pacto marciano se sujeta, así, a los siguientes requisitos a) que se establezca un sistema objetivo de valoración, como el de tasación por expertos independientes, mediante el cual se determine el valor real o razonable del bien, y la adjudicación al acreedor o venta a terceros se efectúe como mínimo por ese valor, y b) que en caso de que dicho valor sea superior al importe del crédito garantizado, el acreedor consigne judicial o notarialmente la diferencia, de modo que quede a disposición de los acreedores de menor rango o, en su defecto, del deudor.

Pese a que la resolución indicada se refiere a una hipoteca naval, no hay motivo para no aplicar su criterio a las demás garantías reales. Una buena garantía es un instrumento económico de primer orden porque procura la máxima probabilidad de pago, y su constitución y realización es sencilla y económica⁸⁶. Teniendo en cuenta el coste económico y de tiempo de los procedimientos judiciales de ejecución de las garantías reales, la admisibilidad de la adjudicación o venta sin intervención judicial ni notarial, con las debidas precauciones expuestas por la propia Dirección General, solo añadiría valor y eficiencia al mercado crediticio.

IV. LA OPCIÓN DE COMPRA DE NATURALEZA REAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTÍA

En este apartado trataré la figura de la opción de compra y sus elementos definitorios cuando se constituye con fines de garantía, partiendo de que el legislador civil estatal no ha abordado ni una cosa ni la otra. En efecto, a salvo el derecho civil de Navarra y el de Cataluña, en el resto del Estado la única regulación existente sobre la figura de la opción de compra es la contenida en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario⁸⁷, evidentemente de muy escaso alcance, por lo que la necesidad de acometer la tarea de su regulación es constatada unánimemente por la doctrina⁸⁸. La Asociación de Profesores de Derecho civil ha formulado una propuesta de regulación de los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria, entre ellos la opción de compra, que resulta de gran utilidad para contrastarla con el derecho autonómico y plantear, en su caso, alguna sugerencia de regulación, especialmente cuando la opción de compra se constituye por las partes con fines de garantía.

Dos son las premisas básicas de las que hay que partir, la primera que el derecho de opción de compra, que atribuye a su titular la facultad de

decidir acerca de la eficacia de una compraventa⁸⁹, puede serlo de naturaleza personal y de naturaleza real. Y la segunda que, siendo la esencia principal del derecho de opción de compra la finalidad adquisitiva de un bien, puede, en ocasiones, constituirse como garantía del pago de una deuda, si las partes así lo determinan en ejercicio de su autonomía negocial.

1. OPCIÓN DE COMPRA PERSONAL Y OPCIÓN DE COMPRA REAL

La opción de compra es un derecho de adquisición de bienes que puede gozar de naturaleza real o personal, la Asociación de Profesores plantea esta dualidad en su propuesta de regulación cuando, en sede de derechos reales de adquisición, exige que en el título constitutivo las partes expresen su voluntad de configurar el derecho como real, si quieren que tenga esta naturaleza⁹⁰. Y en los mismos términos es derecho vigente en Navarra⁹¹. En cuanto al derecho civil catalán, está dualidad se deduce de la propia regulación del derecho real, especialmente el artículo 568-2.2 CCCat⁹².

No hay duda sobre este particular entre la doctrina, que entiende que los requisitos del artículo 14 del Reglamento Hipotecario para que pueda acceder al Registro de la Propiedad, se refieren únicamente a la opción de compra de naturaleza personal⁹³.

La Dirección General de los Registros y del Notariado, aunque en un planteamiento inicial negaba que los derechos de adquisición voluntariamente constituidos pudieran tener carácter real⁹⁴, desde la Resolución de 20 de septiembre de 1966⁹⁵ y hasta la actualidad⁹⁶ viene declarando la naturaleza real de los derechos de adquisición de origen voluntario, por lo tanto, también de la opción de compra constituida mediante pacto, siempre que se cumplan los requisitos exigibles a cualquier derecho real.

La opción de compra de naturaleza personal es una modalidad de pre-contrato en la que la facultad de poner en vigor el contrato (la compraventa) no es bilateral sino unilateral, es decir, se concede a una sola de las partes (al optante). Produce efectos entre las partes, y su ejercicio determina la perfección del contrato que le sirve de base. Es decir, hace nacer la obligación del concedente de transmitir la propiedad del bien, pero no produce por sí sola la transmisión de la misma, sino que requiere la *traditio*. Como ya se ha indicado, la opción de compra personal se puede inscribir en el Registro de la Propiedad si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 14 RH, lo cual no lo convierte en un derecho real aunque sí le proporciona ciertos efectos derivados de la fe pública registral, básicamente la publicidad y oponibilidad frente a terceros, de manera que podría ser ejercida por el optante contra el tercer adquirente del bien. Pero ello no es suficiente si se pretende emplear este negocio como instrumento de garantía, dado que no

produce la vinculación del bien a la satisfacción del crédito que garantiza, no constituye una carga o gravamen sobre el bien y, en este sentido, no protege suficientemente los intereses de la parte acreedora.

La opción de compra puede tener naturaleza real, y entonces sí que goza de todas las características de los derechos reales limitados, y resulta efectiva para sujetar el bien dado en garantía al cumplimiento de la obligación dineraria. En este sentido, y aunque la normativa europea no puede imponer a los Estados una regulación concreta en materia de derechos reales (por ser los Estados miembros de la Unión soberanos para legislar sobre ello), entiendo que sería conveniente que el legislador nacional regulara la opción de compra de naturaleza real con fines de garantía. Tanto el derecho navarro como el catalán prevén la inscribibilidad de la opción real en el Registro cuando recae sobre bienes inmuebles⁹⁷. Así, de la misma manera que el resto de los derechos reales, la opción de compra de naturaleza real tiene entrada en el Registro de la Propiedad a través a los artículos 1 y 2.2 de la Ley Hipotecaria⁹⁸.

A partir de aquí, la doctrina se ha planteado si el ejercicio de la opción de compra de naturaleza real tiene una eficacia adquisitiva inmediata, o si precisa de la *traditio* para que se produzca la transmisión de la propiedad del bien en favor del optante. La propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores, si bien regula la opción calificándola como de naturaleza real, establece que su ejercicio determina simplemente «la perfección del contrato con finalidad traslativa del dominio»⁹⁹. Sin embargo, con respecto a la opción de compra de naturaleza real regulada en el Derecho civil de Cataluña, se entiende que, además de su oponibilidad a terceros, la naturaleza real de la opción determina la eficacia adquisitiva inmediata derivada de su ejercicio. Así, mientras el ejercicio de la opción personal da lugar simplemente a la perfección del contrato traslativo del dominio y a la consiguiente exigibilidad de las prestaciones derivadas del mismo, el ejercicio de la opción real supone la adquisición del bien. El título constitutivo de la opción real es un contrato pero esta, una vez constituida, adquiere entidad propia como derecho real, verdadero título adquisitivo autónomo que no requiere, porque no lo exige expresamente el artículo 568 del Código civil catalán, de la *traditio* para la adquisición del dominio¹⁰⁰. No hay duda de que esta segunda versión del derecho real de opción de compra es la que más se ajusta a la función de garantía, porque asegura la efectividad de la misma en el caso de que el deudor concedente incurriera en incumplimiento de su obligación de pago.

En definitiva, la opción de compra tiene una función adquisitiva de los bienes sobre los que recae y, por esta razón, cuando se constituye con naturaleza real puede desarrollar perfectamente las funciones de garantía, y dotar de seguridad al contrato de financiación inmobiliaria al que aparece vinculado. No puede decirse lo mismo si la opción se mantiene en el plano

puramente obligacional. En el siguiente apartado me detendré en las características típicas de los derechos de garantía para constatar su presencia en la figura de la opción de compra de naturaleza real.

2. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA

Procede ahora poner en relación esta opción de compra de naturaleza real con las características típicas de los derechos de garantía, a saber, su condición de derechos reales limitados sobre cosa ajena y su carácter accesorio respecto de una obligación principal. Los derechos reales de garantía sujetan un bien, cualquiera que sea su titular, al poder de exigir la realización de su valor para hacer efectiva la obligación dineraria. Además, en principio, son indivisibles, recayendo sobre todo el bien incluso cuando se va reduciendo la obligación garantizada.

La opción de compra que acompaña a un crédito inmobiliario realizando funciones de garantía es un derecho real limitado que recae sobre el inmueble titularidad del concedente, y su razón de ser es precisamente la existencia de una obligación dineraria (o valorable económicamente)¹⁰¹. El bien sobre el que recae la opción ha de ser identificable, enajenable y, como ocurre en el caso de la garantía hipotecaria, permanece en posesión de su propietario¹⁰². En lo que respecta al atributo de la indivisibilidad, —que implica por ejemplo en el caso de la hipoteca¹⁰³ que la garantía persiste de forma íntegra sobre todo el bien aunque se haya cumplido en parte la obligación— no debe olvidarse, tal y como ha señalado la doctrina, que la extensión objetiva del derecho real es un problema de interpretación del negocio jurídico creador del mismo, ya que es la declaración de voluntad de las partes la fuente principal de la reglamentación de este punto¹⁰⁴. Exactamente igual que ocurre con la opción de compra en garantía, en la que habrá que estar a lo dispuesto en el contrato de constitución de la misma.

La garantía real recae directamente sobre el bien que está gravado con ella, está adherida al bien, es inseparable de este. Por ello no es relevante quién sea el titular del bien, no es necesaria la concurrencia de la misma persona en la figura de deudor y de propietario del bien gravado. La opción real con función de garantía funciona de forma similar, en el momento de su ejercicio se acude directamente al bien, máxime si se ha pactado el ejercicio unilateral por el optante¹⁰⁵, con independencia de quien sea su titular.

En consecuencia, son predicables de la opción de compra real con funciones de garantía todas las características propias de los derechos reales de garantía, especialmente de la hipoteca inmobiliaria, siendo la principal y más significativa diferencia la forma de su ejercicio. La ejecución de la hipoteca supone la realización del bien para obtener el valor que servirá para

satisfacer la deuda, mientras que la opción en garantía supone el ejercicio del derecho a adquirir el bien, en las condiciones pactadas por las partes. Así pues, la opción de compra —de la misma forma que la venta a carta de gracia—, lleva implícito un pacto comisorio, que debería poder catalogarse en el caso concreto como un pacto marciano, para ser admitido por la jurisprudencia de conformidad con el mandato del legislador europeo.

Desde la Directiva 2014 y después, desde la entrada en vigor de la LCCI, el derecho real de hipoteca ha dejado de girar en torno a la ejecución y ahora pivota también alrededor de la fase precontractual: se prioriza la simetría de las posiciones de las partes contractuales mediante las obligaciones de información al deudor/consumidor. Así, en función del comportamiento del acreedor en el momento de la constitución de la garantía hipotecaria, básicamente en la medida en que observe las normas imperativas de transparencia, podrá después accionar para reclamar la devolución del crédito y la ejecución de la hipoteca¹⁰⁶. Pues bien, de la misma manera, cabe entender que el contrato de constitución de una opción de compra real sobre un bien inmueble con funciones de garantía deberá configurarse bajo estos parámetros de transparencia establecidos en la Directiva 2014 y en la norma de transposición al derecho español. Asimismo, quedará sujeta al resto de previsiones de la Directiva, incluido el artículo 28.4.º y, en este sentido, constituye una alternativa útil y eficiente en el sector de las actividades de financiación inmobiliaria.

3. OPCIÓN DE COMPRA REAL CON FUNCIONES DE GARANTÍA DE ORIGEN CONVENCIONAL

A) *El contrato de crédito inmobiliario con opción de compra*

Como ya ha quedado expuesto, la opción de compra real que sirve para garantizar un crédito inmobiliario es un derecho de constitución voluntaria, nace de la autonomía de la voluntad y se articula como una alternativa a otras garantías en el tráfico jurídico. Las partes diseñan en cada caso un traje a medida en función de cuáles sean los intereses en juego, pero siempre a través de la confluencia de dos negocios jurídicos vinculados, el primero de préstamo, o de reconocimiento de una deuda en relación con la adquisición o conservación de un inmueble, o de constitución o reconocimiento de un aval o fianza inmobiliaria, etc., y el segundo de opción de compra¹⁰⁷.

La opción de compra, así, constituye un negocio jurídico en el que la limitación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor puede articularse fácilmente *ab initio*, mediante acuerdo entre las partes cuando el bien que constituye la garantía tiene un valor suficiente, y sin que ello

implique, necesariamente, un desequilibrio en la posición contractual de ninguna de ellas.

En los siguientes apartados desglosaré el contenido del título constitutivo de la opción de compra en garantía manejando paralelamente un doble plano:

a) por una parte, los pactos posibles que pueden integrar el contrato de constitución de la opción, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes, para hacer efectiva la finalidad de garantía del derecho de adquisición y,

b) por otra, las cuestiones que, a mi juicio, deberían formar parte de un posible régimen jurídico legal de la opción de compra en garantía en el derecho civil estatal, un régimen eminentemente dispositivo que complete la regulación privada del negocio en defecto de pacto, y que proporcione seguridad jurídica al garantizar que, en todo caso, las condiciones del ejercicio de la opción no producirán una asimetría de la posición de la parte concedente, ni tampoco de la optante.

B) El contenido mínimo del título constitutivo de la opción de compra en garantía

En la tesitura de constituir una opción de compra de naturaleza real que acompaña a un crédito inmobiliario se ha de comenzar por los requisitos básicos exigibles en toda garantía inmobiliaria sobre inmuebles, a saber, la identificación de las partes, (quién es el titular del derecho u optante, y quién el concedente del mismo), y la descripción detallada del objeto sobre el que recae la opción de compra en garantía. En efecto, como ya se ha señalado, el objeto de la opción de compra será uno o varios bienes inmuebles determinados e identificables y, por este motivo, la opción se otorgará en escritura pública y será inscrita en el Registro de la Propiedad¹⁰⁸.

Junto a ello, y considerando las peculiares características de la opción de compra, es útil la regulación catalana en cuanto define el contenido mínimo del título voluntario de constitución de los derechos de adquisición para asegurar su viabilidad. Así, determina el artículo 568-6 que deberá aparecer en el título de constitución:

a) El plazo de duración del derecho, (estableciendo un plazo, en defecto de pacto, de 4 años), y el plazo de su ejercicio, si procede.

b) La contraprestación para adquirir el bien o los criterios para fijarla y, si procede, el pacto de ejercicio unilateral de la facultad de optar. Se prevé asimismo la contraprestación no dineraria.

c) Si el derecho de opción se constituye a título oneroso, la prima pactada para constituirlo y la forma en que se ha satisfecho.

d) El domicilio de los concedentes de la opción a los efectos de las notificaciones preceptivas.

e) La forma de acreditar el pago del precio o la contraprestación, si se ha pactado el ejercicio unilateral de la opción (pacto que, por tanto, no forma parte del contenido mínimo del título constitutivo de la opción).

La regulación navarra es mucho más escueta en este aspecto, y la Propuesta de la Asociación de Profesores propone regular un contenido mínimo de los derechos de adquisición de origen convencional que conjuga todos los requisitos mencionados en estas líneas con la declaración de la voluntad de las partes de que el derecho constituido tenga naturaleza real¹⁰⁹. A mi juicio, esta decisión es la más adecuada para el correcto funcionamiento del mecanismo de la opción de compra como derecho de garantía.

En los apartados siguientes me detendré en algunos de estos aspectos del contenido mínimo del título constitutivo de la opción de compra, mencionando expresamente cuándo considero conveniente regular alguna cuestión específica para los casos en los que la opción se constituya con fines de garantía.

C) Determinación de la facultad del acreedor de ejercitar unilateralmente la opción de compra

El ejercicio unilateral de la opción de compra por parte del optante/acreedor es una facultad que reforzaría enormemente su potencialidad como derecho de garantía y, al mismo tiempo, constituye una consecuencia de la naturaleza real del mismo. Ya he mencionado la necesidad de que el contrato contenga la declaración expresa de las partes de configurar la opción de compra en garantía como un derecho de naturaleza real e, indisolublemente unida a esta declaración de voluntad, deberá establecerse el pacto sobre el ejercicio unilateral de la opción.

Se trata de que el derecho real de opción, en tanto que verdadero título adquisitivo autónomo, produzca la transmisión de la propiedad del bien en favor del optante sin necesidad de contar con el concurso de la parte concedente, una vez observados todos los requisitos necesarios para el ejercicio de la opción.

En Navarra, la Ley 461 CDCFN limita la posibilidad de ejercitar la opción de forma unilateral a los supuestos en los que el optante se encuentra en posesión de la cosa y consigna notarialmente el precio, lo cual deja fuera los casos en los que la opción se concede por el deudor de un préstamo inmobiliario, puesto que el deudor suele conservar la posesión del bien sobre el que recae la garantía. En cambio, en el derecho catalán la posibilidad de

ejercer la opción de compra unilateralmente se admite en todo caso, puesto que la posesión se puede adquirir instrumentalmente mediante la formalización del ejercicio de la opción. Además, el título constitutivo determinará necesariamente la forma de acreditar el pago del precio del bien¹¹⁰. En cuanto a la propuesta de regulación de la Asociación de Profesores, lo que se regula es que el optante —si las partes así lo acuerdan— podrá quedar facultado para otorgar unilateralmente la escritura de compraventa del bien, una vez acreditada la notificación al deudor y la consignación del precio¹¹¹. En resumen, que la escritura pública posterior que otorgue unilateralmente el optante (ya sea en el caso del derecho catalán la notificación fehaciente al deudor del ejercicio de la opción, ya sea en la propuesta de la Asociación el contrato de compraventa) producirá la *traditio* instrumental y la propiedad podrá inscribirse en el Registro en favor del optante.

Es evidente que tal forma de ejercicio supone una importante facilitación de la apropiación del bien para el optante, por ello deberían ser las partes las que lo acuerden. Propongo introducir en la regulación legal una presunción de que las partes han acordado el ejercicio unilateral de la opción de compra, salvo que pacten expresamente en contrario, en los casos en los que dicha opción se otorgue como instrumento de garantía.

D) Determinación del precio de la opción de compra

Respecto al precio de adquisición del bien en la opción de compra en garantía, es importante que los acuerdos de las partes aseguren que, en caso de enajenación del bien que constituye la garantía, el precio se determine por criterios objetivos y que se obtenga la valoración más alta posible. Este es un elemento esencial para garantizar el otorgamiento de un pacto marciano en relación con la ejecución de la garantía. El sometimiento de la opción a las reglas de la Directiva 2014 así lo exige¹¹². En este sentido, el Considerando 26 es absolutamente aplicable a la opción de compra en garantía, aunque en su redacción el legislador europeo parece estar pensando, únicamente, en la ejecución hipotecaria. En efecto, este Considerando contiene una llamada apremiante a los Estados miembros para que garanticen normas fiables de tasación de los inmuebles¹¹³, y para que, alienten a los prestamistas «a tomar medidas razonables para obtener el mejor precio por la propiedad objeto de ejecución hipotecaria en el contexto de las condiciones del mercado».

Este planteamiento parte de entender que el precio de los inmuebles puede variar en el lapso de tiempo que transcurre entre la constitución de la garantía y su ejercicio, y que, por esta causa, no es aconsejable determinar un precio cierto e inamovible en el momento de constituir la opción de

compra en garantía. Ahora bien, lo procedente será que el valor real del inmueble en el momento de concertar el crédito inmobiliario con opción de compra en garantía, sea suficiente para cubrir la financiación que se está solicitando. Otra cosa haría desaconsejable el acuerdo y sería lógicamente rechazado por la parte acreedora. Pero, en cualquier caso, se trataría de un valor actualizable, no de un precio inamovible *ab initio*.

El Derecho navarro contempla esta variabilidad del precio cuando, en la Ley 461 CDCFN, señala que la opción de compra deberá ejercitarse por el precio fijado o el que resulte según el procedimiento establecido para su determinación, además, en su versión anterior a la reforma de 2019 se refería a la posible previsión de unas cláusulas de estabilización del precio. También establecen la necesidad de determinar unos criterios objetivos para la fijación futura del precio del bien, el artículo 568-6.b) del Código catalán, y el artículo 3113-8.a) de la propuesta de Asociación de Profesores.

Por tanto, lo relevante en el pacto sobre el precio de la futura enajenación es la determinación del procedimiento para su fijación, procedimiento que debe ser objetivo, regido por criterios ajenos a los intereses de las partes y que, a su vez, tendrá que emplearse en el momento en que el optante, titular del derecho, esté en condiciones de ejercerlo, y decida hacerlo. Así, puede ocurrir que el precio de compra del bien que haya de pagar el optante sea igual o no, al importe del préstamo concedido o a la cantidad que resulte pendiente de pago en el momento en que se ejercite la opción, o a la cantidad adelantada por el avalista solidario. Por ello, pueden ser necesarios otra serie de acuerdos en el contrato. En primer lugar, el acuerdo de compensación del precio del bien con las deudas no satisfechas por el concedente (sobre el que luego volveré) y, junto a ello, la consignación por parte del optante de las cantidades que excedan de lo adeudado por el concedente, cuando el inmueble vale más que el montante que supone el principal de la deuda más los intereses y los gastos. Téngase en cuenta que lo habitual es que el deudor haya amortizado una parte del préstamo antes de incurrir en impago y producirse el vencimiento anticipado del crédito. En segundo lugar, para los casos en que la valoración objetiva del bien arroje una cifra inferior a la cantidad pendiente, porque los inmuebles se hayan devaluado en el mercado, deberá pactarse que esta valoración objetiva del inmueble será la determinante a los efectos de la fijación de la cantidad no amortizada con el ejercicio de la opción, en tanto que el valor de la garantía no alcanza para cubrir toda la deuda.

Convendría introducir una norma sobre esta peculiaridad del precio no determinado pero si determinable en la opción de compra en garantía, así como de sus consecuencias, para proporcionar seguridad jurídica, y para que la eficacia de esta figura no se fie únicamente a la habilidad y buena fe de las partes en el ejercicio de su autonomía negocial. Una norma impe-

rativa que salvaguarde los intereses del deudor y le asegure que el bien se transmitirá por el mejor precio posible en el momento en que tenga lugar la enajenación, y que este valor objetivo determinará la suerte del crédito garantizado con la opción de compra.

E) Determinación del plazo de duración del derecho de opción de compra

El plazo de duración de la opción resulta especialmente vinculado a sus fines de garantía, por cuanto este derecho real aparece coligado a un contrato de crédito, que a su vez tiene su propio plazo de vigencia. Esta realidad limita, de facto, la autonomía de las partes a la hora de determinar este elemento esencial del título constitutivo de la opción de compra.

En primer término la duración de la opción la fijan las partes, en Navarra y Cataluña con el límite máximo legal de 10 años y la posibilidad de prorrogarla, lo mismo que se prevé en la propuesta de la Asociación de Profesores, que además considera el plazo decenal como aplicable en defecto de pacto¹¹⁴.

A partir de aquí, tanto las normas autonómicas como la propuesta de la Asociación de Profesores apuntan la posibilidad de que el derecho de opción de compra se constituya como anejo a otro contrato o derecho inscribible en el Registro de la Propiedad y, por tanto, a pesar del principio general de libertad de pacto con un plazo máximo, la opción constituida de esa manera tendría que prolongarse tanto como el otro contrato o derecho al que aparece ligado. El derecho civil catalán es menos claro en cuanto a la redacción del supuesto, que parece ceñirse a los casos en los que la opción es una estipulación, una cláusula contenida dentro de otro contrato, por su parte, el derecho navarro se refiere solo a la conexión entre la opción y otros derechos *reales* (a pesar de que el arrendamiento no es un derecho real, por mucho que pueda acceder al Registro) e impide que la opción pueda prolongarse lo que duren las prórrogas que afecten al derecho al que resulta vinculado¹¹⁵. Y el precepto propuesto por la Asociación de Profesores de Derecho civil se refiere a la opción de compra que se «*constituye como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho inscribible en el Registro de la Propiedad*», permitiendo que su duración pueda alcanzar, sin excederla, la totalidad de la de estos derechos y la de sus prórrogas.

A mí modo de ver, la regulación legal de la opción de compra debe prever que cuando sea constituida con fines de garantía, la opción tendrá necesariamente la misma duración que el préstamo inmobiliario al que va ligado. Y no solo eso, sino que deberá establecerse que, en tanto que derecho real de garantía, resultará afectado por la suerte del contrato de

préstamo del que es accesorio, es decir, por la posibilidad de que concurran las circunstancias para que se produzca el vencimiento anticipado. Así, deberá constar en el título constitutivo ya no solo de qué plazo dispone el optante para ejercitar su derecho, sino también cómo podrá hacerlo y qué relación guarda este ejercicio con el vencimiento (anticipado o no) del crédito inmobiliario.

En este punto es necesario resolver una cuestión esencial, a saber. ¿Ha de entenderse que el derecho de opción de compra en garantía se encuentra, en todo caso, sujeto a una condición suspensiva, sin la concurrencia de la cual tal derecho no existe? Me refiero a la condición consistente en que el deudor incurra en incumplimiento esencial del contrato de crédito¹¹⁶.

A mi juicio, esta cuestión debe quedar al arbitrio de la autonomía negocial de las partes en cada caso. Así pues, el derecho de opción podría constituirse como sujeto a la condición suspensiva consistente en el incumplimiento por el deudor de su obligación pecuniaria, total o parcialmente, y al desenvolvimiento de los mecanismos que autorizan al acreedor a declarar vencida la deuda anticipadamente. De manera que sin incumplimiento del contrato de crédito inmobiliario, no nacería el derecho de opción de compra¹¹⁷. Pero nada impide que las partes establezcan un derecho de opción de compra no condicionado, ligado al préstamo inmobiliario por el mismo plazo de duración y porque resultará afectado si concurren las circunstancias que autorizan al acreedor a declarar el vencimiento anticipado de la deuda, pero no condicionado. De manera que lo único que puede cambiar es la forma en que ha de procederse al pago del precio del inmueble: si al tiempo en que el optante puede y decide ejercitar su derecho de opción de compra el concedente hubiera incurrido en impago parcial o total del préstamo, entonces el optante podrá pagar todo o una parte del precio mediante la compensación de las cantidades adeudadas por el concedente. En cambio si el deudor/concedente está al corriente de pago del préstamo, entonces el optante deberá consignar la totalidad del precio del bien. De esta manera, el comportamiento del concedente no condiciona realmente el derecho de opción de compra del optante que sigue siendo el único que decide si hay compraventa o no, solo afecta a la forma de pago del precio del inmueble si el acreedor decide ejercitar la opción.

F) Determinación de las obligaciones del concedente durante la pendencia de la opción

Es muy relevante para el optante establecer los mecanismos necesarios para que, si decidiera ejercitar su derecho real de opción, pueda recibir el bien inmueble en el mismo estado —aunque su valoración económica

pueda variar—, en el que se encontraba al constituir el derecho. En este sentido, cabe que las partes pacten sobre la obligación del concedente, por una parte, de la conservación material del inmueble en buen estado y, por otra, de mantener el bien en su propiedad y libre de cargas y gravámenes posteriores a la constitución del derecho de opción de compra en garantía. Se trata, por tanto, de pactos privados que solo los contratantes pueden acordar, pero que resultan de gran trascendencia para la operatividad de la garantía, si se produce finalmente la transferencia del bien a manos del acreedor.

Comenzando por las obligaciones de conservación del bien, aunque lo habitual en la práctica es que las partes lo acuerden en la escritura de constitución de la opción, el derecho civil catalán y la Propuesta de la Asociación de Profesores contemplan bastante al detalle esta cuestión¹¹⁸. Para comprobar el estado de conservación del inmueble, se confiere al titular del derecho de opción la facultad de inspeccionar el bien, facultad que le permite denunciar al juez cualquier deterioro que observe en el bien, así como solicitar que se tomen las medidas oportunas al respecto. Los gastos necesarios de conservación corren a cargo del propietario, al ser inherentes a la obligación de mantenimiento del bien, y constituir la contrapartida a sus facultades de goce y disfrute. El concepto de conservación incluye las reparaciones ordinarias, es decir, las derivadas del simple transcurso del tiempo o del uso normal del bien. En cambio, las reparaciones de carácter extraordinario el propietario no está obligado a realizarlas, en tanto que exceden del concepto de conservación, por ello si las realiza podrá exigir el reembolso de su importe al optante¹¹⁹. Así, aunque a mi juicio no es preciso regularlo, sí es conveniente que en la escritura de constitución de la opción de compra en garantía se establezca la rendición de cuentas entre las partes al tiempo del ejercicio del derecho y traspaso de la posesión del bien, determinando en qué casos deberá abonar el optante los gastos extraordinarios en que haya incurrido el concedente, y en qué casos será este quien deba indemnizar por el deterioro del bien acaecido con posterioridad a la constitución del derecho de opción y antes de su ejercicio.

En cuanto a la indemnidad jurídica del bien dado en garantía, ha de tenerse en cuenta que, una vez constituida la opción de compra y durante todo el periodo de su vigencia —que puede prolongarse bastante, tanto como el préstamo inmobiliario al que acompaña—, el concedente mantiene la titularidad jurídica del bien dado en garantía. Podría disponer del mismo, o gravarlo. Esto en principio no es óbice, a diferencia de lo que ocurre en la opción de naturaleza personal no inscrita en el Registro, para que el derecho real de opción pueda ejercitarse frente a terceros y con preferencia sobre los titulares de cargas posteriores. Esta es una de las razones por las que considero indispensable que la opción de compra revista naturaleza real

cuando ha de cumplir funciones de garantía. Y ello, aunque esta decisión suponga ir más allá de la exigencia del legislador europeo, que no especifica los mecanismos concretos a través de los cuales los Estados miembros deben permitir los pactos entre las partes para que la transferencia de la garantía sirva como fórmula de pago del crédito inmobiliario, ni tampoco pretende invadir la competencia exclusiva de los Estados en materia de derechos reales.

Por otro lado, lo habitual será que se pacte una prohibición expresa de disponer que hace más sencillo, en su momento, al optante el ejercicio de su derecho, sobre todo si no se ha previsto el ejercicio unilateral y debe concurrir la parte concedente para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. El problema de esta prohibición de disponer y, en general, de los pactos de no gravar el bien sujeto a la opción, es que no tiene, en principio, efectos frente a terceros. El artículo 27 de la Ley Hipotecaria establece que no tendrán acceso al Registro, salvo que su cumplimiento quede garantizado mediante hipoteca u otra forma de garantía real¹²⁰.

Así las cosas, puede ocurrir que, llegado el momento de ejercitar la opción, el optante se encuentre frente a los nuevos titulares del bien que constan en el Registro de la Propiedad que, incluso, han podido gravar nuevamente el bien objeto de la garantía. La jurisprudencia registral es tajante al aplicar analógicamente el artículo 175.6 RH a este caso, determinando que la trascendencia real de la opción implica la cancelación de las cargas posteriores, pero siempre que se deposite el precio a favor de los titulares de estas¹²¹. Esta obligación puede hacerse imposible cuando el optante debe compensar todo o parte del precio del bien con las cantidades que le adeudara el concedente, un supuesto frecuente en los casos en los que la opción de compra se constituye con fines de garantía. Por ejemplo, cuando el optante es a la vez el fiador del concedente en un préstamo hipotecario concertado con anterioridad a la constitución de la opción, y se ve obligado como avalista a pagar al acreedor las cuotas vencidas y no atendidas por el concedente de la opción. O el caso en que el optante es el acreedor que refinancia con su préstamo créditos anteriores del concedente que habían dado lugar a sendas inscripciones registrales previas a la constitución de la opción de compra en garantía. ¿Estas cantidades que se adeudan al optante no pueden descontarse de la consignación del precio del bien?, ¿y si abarcaran la totalidad del precio del bien? La respuesta solo puede ser afirmativa, puesto que precisamente por causa de estos débitos se constituye la opción de compra en favor del acreedor. No tendría sentido, por defender a los acreedores posteriores, obligar al primer acreedor a pagar dos veces el valor del bien. La Dirección General de los Registros y el Notariado ha admitido deducir de la cantidad a consignar, el importe de las cargas anteriores a la propia opción, cuando sean satisfechas o asumidas por el optante¹²². Por tanto, queda claro que en estos casos el optante podría solicitar la inscrip-

ción del bien a su nombre libre de todo gravamen posterior a la opción, sin realizar consignación alguna a favor de los titulares de dichas cargas posteriores. Pero qué ocurre cuando el optante es, simplemente, el prestamista que financia al concedente, y pacta con él una opción de compra como garantía. Si llegado el vencimiento del préstamo, el acreedor/optante no recibe lo que le corresponde y ejercita su derecho de opción imputando al precio del inmueble la cantidad que no ha recibido del deudor, ¿tendrá después que consignar el precio íntegro del bien para poder inscribirlo a su nombre en el Registro de la Propiedad?

El apartado primero del artículo 3113-13 de la Propuesta de la Asociación de Profesores establece como regla general que los derechos reales o gravámenes constituidos con posterioridad a la inscripción del derecho de opción no afectan al optante, que adquiere el bien libre de los mismos. Sin embargo, en el apartado cuarto establece expresamente que el pacto de compensación de deudas no excluye el deber de consignar, aunque permitiendo deducir de las cantidades a consignar el importe de las cargas anteriores a la opción, que el optante haya tenido que satisfacer. Así las cosas, la propuesta de legislación civil se alinea con el criterio consolidado de la Dirección General, que pretende evitar que la opción de compra se otorgue con fines de garantía, y determina que para hacer valer el pacto de compensación de deudas deberá renunciarse a la cancelación de las cargas posteriores a la opción¹²³.

Otro argumento de la Dirección General es la aplicación analógica de las reglas del procedimiento de ejecución extrajudicial hipotecaria, en cuanto establecen la necesidad de consignar el sobrante. Esta analogía es correcta, por cuanto las normas de la subasta notarial establecen una priorización de los pagos, de manera que en primer lugar se satisfará el derecho del acreedor y los gastos del procedimiento, y solo después, si existe sobrante, se procede a la consignación. En consecuencia, debería establecerse que en los supuestos de ejercicio de la opción de compra otorgada como instrumento de garantía cabe la compensación de deudas y, una vez saldado todo el préstamo, si existe un exceso de valor que el acreedor deba pagar por el bien del que se hace titular, esto será lo que deba consignar a disposición de los titulares de las cargas posteriores, las cuales en todo caso resultarán purgadas por efecto de la inscripción del bien a favor del optante.

Los derechos catalán¹²⁴ y navarro¹²⁵ no contienen ninguna referencia al pacto de compensación, ni a sus efectos con respecto a las cargas posteriores inscritas en el Registro. Luego está claro que la imposición de la consignación del precio es una decisión de política legislativa, y nuevamente, más que ante un problema registral, lo que se percibe en la férrea posición de la Dirección General es el objetivo de lograr en todo caso la interdicción del pacto comisorio.

Por todo lo expuesto, parece lo más conveniente regular, para el caso de que la opción de compra se constituya con fines de garantía, que en la escritura de constitución se debe hacer constar la prohibición de constituir cargas o gravámenes posteriores¹²⁶. Así como establecer la purga de todas estas cargas posteriores por efecto de la inscripción del bien a favor del optante, a salvo la obligación de consignar el exceso de valor del bien, si lo hubiera, una vez satisfecho el crédito del acreedor/optante.

V. CONCLUSIONES

La opción de compra de naturaleza real y de origen convencional se emplea con frecuencia en el tráfico jurídico en torno a las actividades de financiación inmobiliaria. He propuesto a lo largo del trabajo la introducción de algunas reglas legales que contribuirían a garantizar la seguridad jurídica, y facilitarían la eficacia de este derecho real limitado de garantía. Con respecto a la propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho civil, esta regulación solo necesitaría ser completada con algunas reglas específicas para los supuestos en los que la opción funciona como instrumento de garantía. Esta regulación, además, constituiría una forma válida de obedecer el mandato del legislador europeo sobre las fórmulas alternativas a la ejecución de la garantía hipotecaria obviando, así, los acreditados inconvenientes que se derivan de dicho procedimiento. En la actualidad, el intento de protección a los deudores hipotecarios se ha traducido en una excesiva rigidez de la garantía hipotecaria, lo cual se traduce a su vez en la expulsión del acceso a la propiedad de aquella parte de la población a la que se pretendía proteger. Articular la opción en garantía crearía un cauce sustitutivo de estas carencias que podría favorecer a este sector involuntariamente excluido.

En cuanto a la prohibición del pacto comisorio en nuestro país, es necesario matizar el alcance de la misma mediante un adecuado análisis de su fundamento. La razón de la prohibición generalizada durante décadas del pacto comisorio no está en que se deba evitar en todo caso la adquisición del bien por el acreedor. Esta adquisición no tiene por qué ser, de suyo, perjudicial para el deudor ni carecer a priori de causa suficiente. La auténtica motivación de la prohibición, en realidad, radica en la necesidad de evitar que, a través de esa apropiación, el deudor sufra un empobrecimiento injusto a favor del acreedor, al transmitirse la cosa por un precio inferior al del mercado; porque la tesis de que el fundamento de la prohibición es la defensa del principio *pars conditio creditorum* ya ha sido prácticamente abandonada por la doctrina moderna, ya que la prelación de créditos en las garantías reales, concretada en la posibilidad de reservar un bien de-

terminado para el pago de una deuda determinada, ya se ha impuesto, de facto, en el tráfico jurídico precisamente a través de la garantía hipotecaria. Por otra parte, el sistema de purga de las cargas registrales posteriores a la hipoteca, una vez adjudicado el inmueble en subasta, desprotege a los acreedores posteriores, como mínimo, de la misma forma en que podría hacerlo la inscripción del inmueble a nombre del acreedor que ha ejercido su derecho de opción de compra y ha compensado el precio del bien con las cantidades que se le adeudan.

Por todo lo cual entiendo que sería admisible, y escaparía de la prohibición del comiso, el mecanismo de la opción de compra real con funciones de garantía, con su pacto de apropiación del bien como medio de pago de la deuda al optante, siempre que se establezca un procedimiento objetivo y justo de valoración de la adquisición, y unos mecanismos adecuados de consignación del exceso de valor, ya sea a favor de los acreedores posteriores si los hay, ya sea a favor del deudor si no hay cargas posteriores o, saldadas estas, si restara un sobrante.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Civil, de 13 de mayo de 1988 (*RJ* 1988, 4092)
- STS, Sala Civil, de 22 de diciembre de 1988 (*RJ* 1988, 9748)
- STS, Sala Civil, de 18 de mayo de 1993 (ROJ: STS 3112/1993)
- STS, Sala Civil, de 29 de mayo de 1996 (ROJ: STS 3285/1996)
- STS, Sala Civil, de 19 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3429)
- STS, Sala Civil, de 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 7101)
- STS, Sala Civil, de 10 de septiembre de 1998 (ROJ: STS 5085/1998)
- STS, Sala Civil, de 16 de mayo de 2000 (ROJ: STS 3952/2000)
- STS, Sala Civil, de 26 de abril de 2001 (*RJ* 2001, 2037)
- STS, Sala Civil, de 5 de noviembre de 2003 (ROJ: STS 6894/2003)
- STS, Sala Civil, de 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821)
- STS, Sala Civil, de 7 de marzo de 2005 (ROJ: STS 1374/2005)
- STS, Sala Civil, de 18 de julio de 2006 (ROJ: STS 4426/2006)
- STS, Sala Civil, de 27 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3658)
- STS, Sala Civil, de 1 de marzo de 2013 (*RJ* 2013, 2280)
- STS, Sala Civil, de 13 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 267)
- STS, Sala Civil, de 21 de julio de 2016 (ROJ: STS 3886/2016)
- STS, Sala Civil, de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 581/2017)
- STS, Sala Civil, de 4 de febrero de 2020 (ROJ: STS 312/2020)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJCat de 29 de mayo de 1991 (*RJ* 1992, 3903)
- STSJCat de 31 de septiembre de 1991 (*RJ* 1992, 3912)
- STSJCat de 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2019, 2024)
- STSJCat de 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 977)
- STSJCat de 28 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 2024)

- STSJ Navarra de 22 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 578)
- STSJ Navarra de 26 de octubre de 1999 (*RJ* 1999, 9743)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid de 1 de septiembre de 2014 (ROJ: SAP M 13961/2014)
- SAP Sevilla de 5 de noviembre de 2015 (ECLI:ES: APSE:2015:3163)
- SAP Burgos de 21 de marzo de 2016 (*AC* 2016, 504)
- SAP Tarragona de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 128853)
- SAP Barcelona de 15 de septiembre de 2020 (Id Cendoj: 08019370012020100318)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN/ DGSJFP)

- RDGRN de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440)
- RDGRN de 20 de septiembre de 1966 (*RJ* 1966, 4020)
- RDGRN de 10 de junio de 1986 (*RJ* 1986, 3840)
- RDGRN de 19 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6566)
- RDGRN de 29 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 7646)
- RDGRN de 8 de abril de 1991 (*RJ* 1991, 3138)
- RDGRN de 5 de junio de 1991 (*RJ* 1991, 4649)
- RDGRN de 5 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4837)
- RDGRN de 22 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 6919)
- RDGRN de 18 de octubre de 1994 (*RJ* 1994, 7798)
- RDGRN de 30 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 7214)
- RDGRN de 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184)
- RDGRN de 19 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 4141)
- RDGRN de 22 de abril de 2005 (*RJ* 2005, 5365)
- RDGRN de 23 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 6923)
- RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971)
- RDGRN de 21 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1987)

- RDGRN de 21 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1988)
- RDGRN de 22 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 1989)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2013 (*BOE* 238, 4 de octubre de 2013, 10352)
- RDGRN de 6 de noviembre de 2013 (*BOE* 297, 12 de diciembre de 2013, 12960)
- RDGRN de 14 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 5253)
- RDGRN de 13 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 753)
- RDGRN de 26 de diciembre de 2018 (*BOE* 24, de 28 de enero de 2019, 7744 a 7755)
- RDGRN de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989)

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass.civ. de 6 de octubre de 2004, n. 19950, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 21 de mayo de 2005, n. 1273, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 9 de mayo de 2013, n. 10986, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 28 de enero de 2015 n. 1625, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 05 de octubre de 2017, n. 23250, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 09 de octubre de 2017, n. 23617, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 12 de diciembre de 2017, n. 29808, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 30 de mayo de 2019, n. 14758, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 11 de julio de 2019, n. 18680, www.iusexplorer.it
- Cass.civ. de 22 de agosto de 2019, n. 21588, www.iusexplorer.it

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A (2019). Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo. En: A. Carrasco Perera (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters (105-170).
- ALBIEZ DOHRMANN, K. y MORENO TORRES, M.^a L. (2018). *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (2016). Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [En línea], núm. 17. Consultable en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1034> (última consulta 12 de enero de 2021).
- ARANA DE LA FUENTE, I. (2012). La reforma francesa de las garantías mobiliarias. *Indret*, núm. 2, Disponible en <https://indret.com/la-reforma-francesa-de-las-garantias-mobiliarias/> Última consulta 19 de enero de 2021.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *InDret* [En

- línea] núm. 2, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2994152 Última consulta 19 de enero de 2021.
- ARTZ, M. (2018). Contratos de crédito inmobiliario en Alemania. *Workin paper Jean Monet Chair* [En línea], núm. 3, disponible en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/122221/1/WP_2018_3.pdf Última consulta, 11 de enero de 2021.
- ASTONE, M. (2017). Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano». *Europa e diritto privato*, núm. 3, (735-763).
- BARBIERA, L. (2010). Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali. En: D. Busnelli (dir.), *Il Codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè editore (285-335).
- BARGELLI, E. y DONADIO, G. (2017). The impact of Directive 2014/17/EU in Italy. En: M. Anderson y E. Arroyo (eds.), *The impact of the Mortgage Credit Directive in Europe*. Groningen: Europa Law Publishing (304-328).
- BIANCA, C.M. (1957). *Il divieto del patto comissorio*. Milano: Giuffrè editore.
- (2000). Autotutela, *Enciclopedia diritto*, vol. IV, Milano, (130 y sigs.).
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2020). La opción en garantía. En: A. Cañizares Laso y R. Diéguez Oliva (dirs.), *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch (267-271).
- (2020). Precontrato de opción y derecho real de opción. *Revista de Derecho Civil, Vol. II*, núm. 4, (51-98).
- BRECCIA, U. (1968). *Diligenza e buohna fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*. Milano: Editori Vari.
- BRODI, E. (2017). Brevi note sull'utilizzabilità dell' art. 48-bis TUB per la gestione delle sofferenze bancarie. *Crisi d'Impresa e fallimento* [En línea], disponible en <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/932.pdf> Última consulta, 11 de enero de 2021.
- BUSTOS PUECHE, J.E. (1990). Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio, *Anuario de Derecho civil*, 1990, 2, (539-572).
- CABANAS TREJO, R., MARQUÉS MOSQUERA, C.; RIVAS RUIZ, A. (2019). Guía notarial para la aplicación de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n. 71, (163-230).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). *Contratos y protección jurídica del consumidor*. Santiago de Chile: Olejnik.
- CAMPOLATTARO, S. (2017). Fenomenología del patto marciano tra tipicità e atipicità, *Rivista del Notariato*, 3, 1, (591 y sigs.).
- CARRASCO PERERA, A. (2019). *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- CELENTANI, M.; GANUZA FERNÁNDEZ, J.J.; GÓMEZ POMAR, F. (2018). El régimen legal del crédito hipotecario en España, un análisis económico. En: J.J. Ganuza Fernández y F. Gómez Pomar (coords.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, (35-128).
- CHICO Y ORTIZ, (1986). El principio de la autonomía de la voluntad y el Registro de la Propiedad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 62, (59-92).
- CIPRIANI, N. (2000). *Patto comissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.

- COING H. (1996). *Derecho Privado Europeo*, Tomo II, Fundación cultural del Notariado. Madrid: Fundación cultural del Notariado.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, N. (2019). *La obligación del prestamista de evaluar la solvencia del consumidor de crédito*. Cizur Menor: Aranzadi.
- D'AMICO G. (2017). La resistibile ascesa del patto marciano. *Europa e diritto privato*, fascicolo 1, (1-47).
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C. (2002). *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- DELLACASA, M. (2008). Inadempimento e risoluzione del contratto: un punto di vista sulla giurisprudenza. *Danno e Responsabilità*, núm. 3, (261-277).
- DEL POZO CARRASCOSA, P. VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Barcelona: Marcial Pons.
- DÍAZ GÓMEZ, M.J. (2019). Pacto marciano. Repensando el sistema con la civilística italiana. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, fascículo III, (795-823).
- DÍAZ TABOADA, E., El derecho de opción en la doctrina de don Jerónimo, *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1993, 619, (1803-1822).
- DÍEZ PICAZO, L.; GULLÓN, A. (2019). *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Tomo 2. Madrid: Tecnos.
- DI PAOLO, M. (1995). Pacto comissorio. En: R. Sacco (dir.), *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Torino: UTET Giuridica (309-314).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2018). Especialidad de la vivienda habitual como objeto de la hipoteca. En: APDC, *Vivienda e hipoteca*. Madrid: Tecnos.
- (2019). Comentario al artículo 104 LH. En: A. Domínguez Luelmo (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor: Aranzadi (1169-1177).
- DURÁN RIVACOBA, R. (1998). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisorio*. Madrid: Bosch.
- ELIZARI URTASUN, L. (2020). Comentario a la Ley 461. En: E. Rubio Torrano y M.^a I. Arcos Viera (dirs.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*. Pamplona: Aranzadi Thomson Reuters (1941-1946).
- FELIU REY, M.I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción de garantía*. Madrid: Civitas.
- GABRIELLI, E. (1990). *Il pegno anomalo*. Padova: CEDAM Editore.
- GINEBRA MOLINS, M.^a E. (2009). La prohibición de comís i el pacte comissori al Llibre V del Codi Civil de Catalunya. En: F. BADOSA COLL, M.^a C. GETE-ALONSO CALERA, M.^a E. GINEBRA MOLINS y S. NAVAS NAVARRO (Coords.), *La adquisición y la transmisión de derechos reales: estudio del derecho catalán y otros sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons (329-332).
- GÓMEZ CALLE, E. (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1990). Comentario al artículo 1859. En: M. Albaladejo, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Madrid: Edersa (457 y sigs.).
- Comentario al artículo 1859. En: Ministerio de Justicia, *Comentarios al Código civil*, Tomo II. Madrid: Editorial (1864 y sigs.).

- IACUANIELLO BRUGGI, M. (2010). Patto commissorio, *Enciclopedia Giuridica*. Treccani: (1-16).
- JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 127-191.
- LÓPEZ FRIAS, A.M. (1993). *Los contratos conexos. Estudio de los supuestos más característicos y ensayo de una construcción doctrinal*, consultable en <https://digi-bug.ugr.es/handle/10481/35668>, última consulta 12 de enero de 2021.
- LÓPEZ DÍAZ, P.V. (2012). El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 19, (13-62).
- LUMINOSO, A. (1987). La vendita con riscatto (arts. 1500-1509). En: P. Schelinger (dir.), *Codice civile. Commentario*. Milano: Giuffrè editore (217-272).
- (1990). Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio. *Rivista di diritto civile* (219 y sigs.).
- (2017). Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva. *Rivista di diritto civile*, Vol. 63, (10-32).
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I. (2007). *La opción de compra inmobiliaria en garantía*, Navarra: Thomson.
- MACÍA MORILLO, A. (2013). Una aproximación a la transmisión en garantía en el Derecho alemán. *Indret*, [En línea], núm. 1, disponible en: <https://indret.com/una-aproximacion-a-la-transmission-en-garantia-en-el-derecho-aleman/> Última consulta 18 de enero de 2021.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2015). Eficacia, régimen concurrencial y realización de la reserva de dominio sobre bienes muebles. En: A. CARRASCO PERERA (dir.). *Tratado de los derechos de garantía, Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi (452 y sigs.).
- (2002). Comentario a la STS de 26 de abril de 2001, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 58, (147-171).
- MARTÍN FABA J.M.^a, (2019). Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado. En: Carrasco Perera A. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters (571 y sigs.).
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2014). La depreciación del inmueble en la ejecución hipotecaria: tensiones entre acreedor y deudor y las últimas reformas legales. *Indret* [En línea], núm. 2, disponible en <https://indret.com/la-depreciacion-del-inmueble-en-la-ejecucion-hipotecaria-tensiones-entre-acreedor-y-deudor-y-las-ultimas-reformas-legales/> Última consulta 10 de enero de 2021.
- MAS BADÍA, M.^a D. (2020). Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, (127-191).
- MAZZAMUTO, S. (2012). Il contratto di diritto europeo. En: Mazzamuto y Moscati (dirs.), *La didattica del diritto civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, (570 y sigs.).
- OSSORIO y GALLARDO, A. (2018). *El contrato de opción*, Olejnik, Santiago de Chile.
- PAGLIANTINI, D. (2015). Eccezione (sostanziale) do risoluzione e dintorni: appunti per una nuova mappatura dei rimedi risolutivi. *Persona e mercato* [En línea], núm.3, disponible en <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf> Última consulta, 11 de enero de 2021.

- PUTTI, P.M. (2009). La risoluzione. En: N. Lipari y Prescigno (dirs.) y A. Zoppini (coord.). *Diritto civile*, Vol. III: *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè (1152 y sigs.).
- RAMON CHORNET, J.C. (1989). Derecho de opción: cancelación de cargas posteriores y breve apunte sobre su naturaleza real. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 65, (309-372).
- REALI, A. (2014). La fiducia a scopo di garanzia, la vendita con patto di riscatto e il divieto del patto commissorio. En: Gambaro y Morello (dirs.). *Trattato dei diritti reali*, Vol. V. Milano: Dott. A Giuffrè Editore (579 y sigs.).
- REGLERO CAMPOS, F. (2007). El pacto comisorio. *Aranzadi civil*, núm. 2007-1, (1907-1938).
- RODRÍGUEZ ROSADO, B. (1998). *Fiducia y pacto de retro en garantía*. Madrid: Marcial Pons.
- (2017). La transmisión de propiedad en garantía en Alemania y los problemas para su aceptación en Derecho español. *Revista de Derecho Civil*, Vol. IV, núm. 3, (35-68).
- RUBIO TORRANO, E. (2020). Comentario a las Leyes 475-478. En: E. Rubio Torrano y M.^a L. Arcos Viera (dirs.). *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*. Cizur Menor: Aranzadi (1994-2002).
- SÁNCHEZ JORDAN, M.E. (2020). La transmisión de la propiedad del bien hipotecado al acreedor con efectos extintivos de la obligación garantizada. Reflexiones suscitadas por la Ley de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil (RDC)*, Vol. VII, núm. 3, (35-69).
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. (2007). *La opción de compra*. Madrid: Dykinson.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016). La Directiva 2014/17/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 5, disponible en <http://www.revista-aji.com/articulos/2016/num5/311-330.pdf>, última consulta 19 de enero de 2021.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2008). La admisión del pacto comisorio como alternativa a la ineficiente subasta hipotecaria (judicial o notarial). *El notario del siglo XXI* [En línea], núm. 21, disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/1872-la-admision-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-3072183535501532> Última consulta 18 de enero de 2021.
- SIRENA, P. Introduzione, autonomia privata e vigilanza bancaria nell diritto europeo dei contratti di finanziamento. En: P. Sirena (dir.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*. Milano: Fondazione Italiana del Notariato.
- TORRES LANA, J.A. (1993). La opción en el Derecho Civil de Navarra. *Revista jurídica de Navarra*, núm. 15, (328-333).
- TRIMARCHI, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano: Giuffrè Editore.
- VALENTINO, D. (2007). La circolazione dei beni in funzione di garanzia. *Rassegna di diritto civile*, núm. 2-2007, (511-549).

- VALLE MUÑOZ, J.L. (2017). Comentario al artículo 568 CCCat. En: J.L. Valle Muñoz y R. Arnáiz Ramos (Coords.). *Derechos reales de Cataluña. Comentarios al libro quinto del Código civil de Cataluña*, Tomo II. Barcelona: Atelier (1257-1359).
- VARRONE, C. (1968). *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*. Napoli: Jovene editore.
- WEGMANN STOCKEBRAN, A. (2009). Algunas consideraciones del pacto comisorio y el pacto marciano. *Revista chilena de Derecho Privado*, núm. 13, (95-122).
- YSAS SOLANES, M. (1989). El derecho de opción. *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, (1225-1268).

NOTAS

¹ Y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) 1093/2010 (en adelante, la Directiva).

² En adelante, LCCI. La doctrina civilista española se ha prodigado en comentarios sobre la nueva normativa durante estos dos años posteriores a su promulgación, véase por todos, CARRASCO PERERA, (2019); ALBIEZ DOHRMANN Y MORENO TORRES, (2018); CABANAS TREJO, MARQUÉS MOSQUERA, RIVAS RUIZ, (2019, 163-230). En este breve estudio trataré, paralelamente, la regulación europea y su trasposición al derecho español.

³ Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, reformado 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.

⁴ Véase Instrucción de la DGRN, de 20 de diciembre de 2019, sobre la ley 5/2019, BOE de 30 de diciembre de 2019, núm. 313, Sec. III, 142180-142212.

⁵ A salvo la disposición contenida en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, al que me referiré más adelante.

⁶ Por ejemplo, el supuesto de hecho recogido en la STSJCat de 28 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 2024): El día 18 de abril de 2013, D.^a Visitación, como prestamista profesional, y los actores D. Evaristo (titular de un grupo empresarial dedicado al negocio inmobiliario) y D.^a Sara su esposa, como prestatarios, otorgaron escritura de préstamo hipotecario en escritura pública en la Notaría, por la que la primera les prestó la suma de 488.000 euros que debían ser devueltos en una única cuota el 18 de abril de 2014. El mismo día y ante el mismo notario, los actores D. Evaristo y D.^a Sara constituyeron un derecho de opción de compra en relación con los bienes señalados en la escritura de préstamo hipotecario, a la sazón su vivienda habitual, por un importe de 1.000 euros de prima, a favor de D. Iván. El plazo para el ejercicio de la opción será como máximo hasta el 18 de abril de 2015. Asimismo, el derecho de opción pactado quedaba sujeto al impago del préstamo hipotecario. Con fecha de 8 de enero de 2014, D. Iván transmitió su derecho de opción de compra a D.^a Visitación, por un precio de 1.000 euros, en escritura pública. De modo que la acreedora hipotecaria pasó a reunir en su misma persona la condición de titular del derecho de opción sobre los inmuebles hipotecados.

⁷ El caso recogido en la STS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595), es el de una opción de compra concedida por los deudores hipotecarios (una pareja joven que se endeuda claramente por encima de sus posibilidades) en favor de los fiadores del préstamo hipotecario (los padres de uno de los miembros de la pareja deudora), en garantía de la cuantía de la que podría corresponderles hacerse cargo si los deudores desatendían total o parcialmente su deuda con la entidad crediticia (al respecto, la Audiencia Provincial

de Madrid, que conoció del asunto en grado de apelación, había establecido sobre esta situación fáctica lo siguiente: «*no estamos en presencia de un préstamo donde los acreedores pretenden hacer suya la cosa en propiedad si la parte deudora incumple su obligación de pago, sino ante un supuesto que responde mucho más a la realidad de las cosas, esto es cuando los avalistas son requeridos por el Banco para el pago de la cantidad que no abonan los deudores principales, quienes se comprometen a transferir la propiedad a aquellos. Supuesto que no es ajeno al contenido del artículo 1838 del Código civil en virtud del cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este en la cantidad total de la deuda (más intereses, gastos, etcétera). Aquí los deudores principales frente al Banco, titulares de la vivienda hipotecada, vienen a fijar mediante dicha acta de manifestaciones ante notario la concreción de esa indemnización a los fiadores, que se hacen cargo del crédito o préstamo hipotecario, a la sazón padres de don Marcos, uno de los deudores principales del préstamo hipotecario*» (SAP Madrid, 1 de septiembre de 2014, Roj: SAP M 13961/2014).

⁸ Por ejemplo, en la escritura de constitución de la opción de compra en garantía otorgada por dos personas físicas, el Manifiestan II reza del siguiente modo: «*Manifiestan los comparecientes lo siguiente: a) Que A (concedente de la opción) es deudor solidario de un préstamo hipotecario a favor de la entidad financiera..., constituido en escritura autorizada el día... por un principal de... garantizado con hipoteca sobre la finca sita en... inscrita en el Registro de la Propiedad de... Dicha finca es propiedad de B (optante), avalista solidario, y cuyo saldo pendiente de amortizar a la fecha del presente otorgamiento es de...*» Para garantizar el derecho del optante, en caso de que su finca sea ejecutada por el banco por el impago en que pueda incurrir su socio, el deudor principal, este le concede una opción sobre su propia vivienda familiar, cuyo valor real queda determinado en la escritura como precio de la opción que podrá abonarse (vuelvo a citar lo que podría ser la estipulación contenida en la escritura notarial: «*Dicho precio (el de adquisición del inmueble) será abonado por cualquier medio de pago que pacten las partes y especialmente de la siguiente manera: se imputará a su pago las cantidades abonadas por la parte optante de cualesquiera cuotas vencidas y no satisfechas de los préstamos reseñados en el expositivo II de esta escritura, así como cualesquiera cantidades que la optante hubiere satisfecho a las entidades de crédito acreedoras de dichos préstamos, por incumplimiento de las obligaciones de pago por parte de los deudores de dichos préstamos. La parte concedente presta su consentimiento y acepta desde ahora, como parte de pago del precio, el abono de dichas cantidades por la parte optante. Para el resto del precio no abonado de la forma indicada, la parte optante realizará una transferencia bancaria a la cuenta que el concedente le indique, o consignará notarialmente la cantidad debida, en dinero o cheque bancario, poniéndola a disposición de la parte concedente en esta notaría*»).

⁹ En efecto, existe un número destacable de sentencias del Tribunal Supremo y de resoluciones de la Dirección General de los Registros sobre contratos de opción, la gran mayoría de ellas sobre la opción de compra y los criterios defendidos en las mismas no siempre son ni mucho menos coincidentes. Algunas de estas resoluciones las analizo más en detalle a lo largo del texto. Véase, las Sentencias del Tribunal Supremo: STS de 13 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4092), STS de 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9748), STS de 18 de mayo de 1993 (ROJ: STS 3112/1993), STS de 29 de mayo de 1996 (ROJ: STS 3285/1996), STS de 10 de septiembre de 1998 (ROJ: STS 5085/1998), STS de 16 de mayo de 2000 (ROJ: STS 3952/2000), STS de 5 de noviembre de 2003 (ROJ: STS 6894/2003), STS de 7 de marzo de 2005 (ROJ: STS 1374/2005), STS de 18 de julio de 2006 (ROJ: STS 4426/2006), STS de 27 de enero de 2012 (RJ 2012, 3658), STS de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2280), STS de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 581/2017), STS de 4 de febrero de 2020 (ROJ: STS 312/2020). Entre las Resoluciones de la DGRN, véase por ejemplo las de 10 de junio de 1986, RJ 1986, 3840; 19 de septiembre de 1987, RJ 1987, 6566; 29 de septiembre de 1987, RJ 1987, 7646; 8 de abril de 1991, RJ 1991, 3138; 5 de junio de 1991, RJ 1991, 4649; 5 de mayo de 1992, RJ 1992, 4837; 22 de septiembre de 1992, RJ 1992, 6919; 18 de octubre de 1994, RJ 1994, 7798; 30 de septiembre de 1998,

RJ 1998, 7214; 26 de marzo de 1999, RJ 1999, 2184; 19 de febrero de 2002, RJ 2002, 4141; 23 de julio de 2005, RJ 2005, 6923; 21 de febrero de 2013, RJ 2013, 1987; 21 de febrero de 2013, RJ 2013, 1988; 22 de febrero de 2013, RJ 2013, 1989; 14 de julio de 2016, RJ 2016, 5253; 13 de febrero de 2019, RJ 2019, 753. (A pesar de que, mediante RD 139/2020, de 28 de enero, la Dirección General ahora recibe el nombre de Dirección General de Seguridad Jurídica y Fé Pública, en el texto seguiré utilizando el acrónimo de la nomenclatura anterior, puesto que todas las resoluciones citadas en el trabajo son de fecha anterior al citado cambio).

¹⁰ Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (en adelante CCCat).

¹¹ Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (en adelante, CDCFN). Estos artículos han sido modificados recientemente por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

¹² Por su parte, el Derecho tributario tampoco incentiva la utilización de la opción de compra en garantía, dado que en la regulación estatal del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados no se prevé ninguna exención para el derecho de opción en garantía, exención que, no obstante, sí se establece para la hipoteca. y, en cuanto a la normativa fiscal autonómica, solo la comunidad autónoma navarra, con competencia legislativa a estos efectos, exime de gravamen cualquier forma de garantía que se constituya —por tanto, no solo la garantía hipotecaria—, y exige únicamente el pago del impuesto en concepto de préstamo, es decir, por la obligación principal que justifica y es la causa de la existencia de la garantía. Cfr. artículo 11.8 del Decreto Foral Legislativo 129/1999, de 26 de abril, del Texto Refundido de las Disposiciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

¹³ APDC, Propuesta de Código civil, Tecnos, Madrid, 2018, (en adelante PAPDC). Véase en concreto el Libro Tercero del Título XI. Texto disponible en: http://www.derecho-civil.net/images/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO_III_T%C3%8DTULO_XI_-_DE-RECHOS_DE_ADQUISICI%C3%93N_DE_CONSTITUCI%C3%93N_VOLUNTARIA.pdf Última consulta, 11 de enero de 2021.

Cfr. MAS BADÍA, (2020, 127-191). Justifica así, la autora, la necesidad de regular los derechos de adquisición de origen voluntario, entre ellos la opción: «Volviendo al diagnóstico efectuado por la DGRN cuando destaca las dificultades de integrar el título constitutivo de los derechos de adquisición de origen voluntario ante la ausencia de un régimen dispositivo general en la Ley, no cuesta mucho concluir que tales dificultades se allanarían si se ofreciera a los particulares un modelo legal, lo que exige regular de forma coherente y sistemática este tipo de derechos» (135).

¹⁴ Commission Staff Working Paper. Impact Assessment accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property, vol I (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011 356), 57-60).

¹⁵ ARROYO AMAYUELAS, (2017, 13).

¹⁶ Esta posibilidad aparece contemplada en nuestro ordenamiento, aunque para el caso que la garantía se constituya mediante la venta del bien con derecho de retracto. Así, el artículo 107.7.º LH permite hipotecar «*Los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que, si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial*».

¹⁷ AGÜERO ORTIZ, (2019, 126).

¹⁸ Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, (2016, 316).

¹⁹ En otros ordenamientos como el italiano, en cambio, los derechos reales son *numerus clausus* y las garantías reales están tipificadas, de modo que es mucho más difícil pensar en una garantía real atípica creada, *ad hoc*, por las partes en virtud de su auto-

nomía negocial, si bien la doctrina siempre ha abogado por ello, cfr. ASTONE, (2017, 741); GABRIELLI E, (1990, 94).

²⁰ Véase RDGRN de 8 de noviembre de 2018, y el comentario que hace al respecto BERCOVITZ (Blog de la APDC de 9 de enero de 2019) «*Esta Resolución consolida la tendencia de la jurisprudencia y de la Dirección General a admitir ampliamente el juego de la autonomía privada dentro del campo de los derechos reales, dejando la puerta abierta a la constitución de derechos reales atípicos o de configuración atípica, siempre que los mismos tengan por contenido facultades que se independicen del derecho de propiedad, con las mismas características de inmediatividad con respecto a su objeto, de absolutividad con respecto a los sujetos obligados a respetarlas, siempre que su eficacia esté perfectamente definida y que no pueda existir duda sobre la voluntad de constituirlos con tal carácter y no como meras obligaciones inter partes*». Consultable en <http://www.derechocivil.net/blog/derecho-civil/item/353-derechos-reales-atipicos>. Última consulta, 11 de enero de 2021.

²¹ Respecto al ámbito de aplicación de la ley señala el artículo 2: «*Ámbito de aplicación. 1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial*».

²² La *lex comisoria* en los contratos de garantía se encuentra recogida en el Digesto (20,1,16,9), en los siguientes términos: «*Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio*». Sobre la evolución histórica de la figura y las razones de su prohibición en el Derecho Romano (básicamente porque a través del pacto comisorio se encubrían préstamos usurarios, puesto que el valor de la cosa era, por lo general, muy superior al del crédito garantizado), véase LLORENTE SANSEGUNDO, (2007, 130-192); WEGMANN STÖCKEBRAND, (2009, 98).

²³ Art. 1859 CCE: «*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*». Para la anticresis véase el artículo 1884 CCE. Se pregunta, sin embargo, CHICO Y ORTIZ si este pacto puede ser estipulado, al amparo del 1.255 del Código civil en otras garantías. Cfr. CHICO Y ORTIZ, (1986, 82).

²⁴ La STS de 18 de julio de 2006 (ROJ: STS 4426/2006) determina que el pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos sino también es aplicable a los negocios indirectos (como los negocios simulados o fiduciarios); la STS de 21 de febrero de 2017 (ROJ: STS 581/2017), estima que la opción de compra en garantía esconde un pacto comisorio simulado, vedado en el derecho español. En el mismo sentido, denegando la inscripción de la opción, véase las RR de la DGRN de 5 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4837), 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7214), 26 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2184), 21 de febrero de 2013 (RJ 2013, 1987), 21 de febrero de 2013 (RJ 2013, 1988), 22 de febrero de 2013 (RJ 2013, 1989). En cuanto a la doctrina, mayoritariamente partidaria de vedar la opción de compra en garantía porque atenta contra la prohibición del pacto comisorio véase, entre otros, DURÁN RIVACOBÁ, (1998, 121 y sigs.); FELIU REY, (1995, 66 y sigs.), RODRÍGUEZ ROSADO, (1998, especialmente sobre la opción de compra 191-193); GUILARTE GUTIÉRREZ, (1990, 457 y sigs.); idem (1991, 1864 y sigs.); REGLERO CAMPOS, (2007-1, 1907-1938); BUSTOS PUECHE, (1990, 539-572).

²⁵ Precepto que, a su vez, es reflejo de la manifestación contenida en el Considerando 27, in fine: «*Los Estados miembros no deben impedir que las partes en un contrato de crédito acuerden expresamente que la entrega de la garantía al prestamista baste para reembolsar el crédito*».

²⁶ En efecto, con carácter previo a la redacción definitiva del artículo 28, el Informe sobre las medidas nacionales adoptadas para evitar la expulsión de la vivienda daba buena cuenta de la situación. Cfr. Commission Staff Working Paper. National measures

and practices to avoid foreclosure procedures for residential mortgage loans. Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on credit agreements relating to residential property (Brussels, 31.03.2011) (SEC (2011) 357 final).

²⁷ Muy relevante sobre esta cuestión la doctrina contenida en la STS de 13 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 267). Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO 2018, 289 y sigs. Tampoco se reveló eficiente la subasta notarial inmobiliaria o venta extrajudicial, que no es propiamente una venta, ni siquiera totalmente extrajudicial, sino simplemente un procedimiento de ejecución sin coerción. Cfr. SERRANO DE NICOLÁS, consultable en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-21/practica-juridica/1872-la-admission-del-pacto-comisorio-como-alternativa-a-la-ineficiente-subasta-hipotecaria-judicial-o-notarial-0-30721835355015322> Última consulta 11 de enero de 2021). MARTÍNEZ ESCRIBANO, (2014, 18).

²⁸ La cursiva es mía.

²⁹ Ya se ha mencionado que el artículo 28 concreta normativamente lo expuesto en el Considerando 27 de la Directiva, que literalmente señala: «*Cuando ello sea posible, deben hallarse soluciones que tengan en cuenta las circunstancias prácticas y las necesidades razonables de gastos de manutención del consumidor. En aquellos casos en que la deuda no quede saldada al término del procedimiento de ejecución, los Estados miembros deben garantizar la protección de las condiciones mínimas de subsistencia y establecer medidas para facilitar el reembolso evitando al mismo tiempo el endeudamiento a largo plazo*».

³⁰ SÁNCHEZ JORDÁN se ha referido a estos preceptos de la LCCI, que parecen recoger una suerte de opción para el deudor hipotecario de acudir a la dación en pago cuando proceda (la cursiva es mía), con carácter liberatorio de la totalidad de la deuda. Sin embargo, esto no puede considerarse una transposición del artículo 28.4 de la Directiva, por dos motivos. Primero, porque solo rige para la garantías hipotecaria, lo cual limita sustancialmente su eficacia en relación a la forma en que se propugna por el legislador europeo para cualquier tipo de garantía inmobiliaria. En segundo lugar, a diferencia de la clara alusión a la bilateralidad de los acuerdos sobre la transferencia de la garantía que contiene la Directiva, la dicción de la norma española deja en manos del acreedor, exclusivamente, la decisión de la admisión o no de una cláusula sobre dación en pago en el préstamo hipotecario que publicita. Solo el acreedor controla los términos iniciales de la oferta en cuya publicidad deberá reseñarse, en su caso, la posibilidad de que el deudor pueda dar en pago el inmueble hipotecado, así como las condiciones que deben concurrir para que pueda hacerlo. Así, se contraviene frontalmente el principio general que rige para todos los contratos, de conformidad con el artículo 1256 CCE, ello sin entrar en la evidente desnaturalización del derecho de hipoteca, en tanto que el acreedor quedaría despojado del *ius distrahendi* que la caracteriza, cfr. SÁNCHEZ JORDAN, (2020, 48 y sigs.), también sobre la dación en pago, véase JIMÉNEZ PARÍS, (2011, 127-191).

³¹ Cfr. artículo 4:109 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos, II (en adelante PECL), y artículo 7:207 del Marco Común de Referencia (en adelante DCFR). Cfr. GÓMEZ CALLE, (2018, 105-117).

³² Destaca DÍAZ GÓMEZ lo llamativo que resulta que sea precisamente en las relaciones crediticias entabladas entre empresarios y consumidores y cuando el bien objeto de garantía es un inmueble de uso residencial, donde se haya producido la flexibilización de la cláusula comisorio, arguyendo que, quizá el legislador europeo ha considerado que en esta materia se produce hoy día un mayor control de las autoridades administrativas sobre las entidades financieras y una reglamentación más estricta de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores. Cfr. DÍAZ GÓMEZ, (2019, 801).

³³ Cfr. ARTZ, Markus, 2018, consultable en http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/122221/1/WP_2018_3.pdf. Última consulta, 11 de enero de 2021.

³⁴ Señala H. COING que «*La finalidad que se persigue con la constitución de una hipoteca se puede conseguir también cuando el deudor transmite al acreedor la propiedad*

de una cosa con el acuerdo de que la transmisión debe servir al acreedor para asegurar un crédito; por consiguiente, el acreedor debe transmitirla de nuevo una vez pagada la deuda y por lo demás solo puede utilizar su propiedad en cuanto lo permita la finalidad acordada de garantizar la deuda. La transmisión a título de garantía puede acordarse —abstractamente— en esta forma; pero también puede revestir otras formas de negocio, particularmente la de una compraventa con reserva de retro compra. Esta forma fue particularmente usual en el siglo XIX en Alemania», COING., (1996, 530); sobre esta figura en la actualidad, véase RODRÍGUEZ ROSADO, (2017, 67).

³⁵ MACÍÁ MORILLO, (2013, 38), considera razonable esta segunda postura: «Así, por un lado, en este tipo de garantía, el tomador tiene una posición más libre en la ejecución, como se ha visto, que la que tiene el acreedor pignoraticio. Por otro lado, para la protección del prestador de la garantía puede ser suficiente con un pacto en el acuerdo de garantía por el que el tomador se obligue a entregarle el exceso del valor de la cosa respecto del valor del crédito garantizado, previo sometimiento a peritaje, por ejemplo, para determinar el valor de la cosa cuya propiedad consolida el tomador de la garantía. Solo cuando no se respetaran esos límites podría considerarse ilícito, por contrariedad a la moral (§ 138 BGB), el pacto que permitiera al tomador de la garantía consolidar su propiedad sobre la cosa en pago del crédito garantizado» (con cita de autores como WEBER, *Kreditsicherungsrecht*, C.H. Beck, Munich, 2006, 181 y WESTERMANN, *Derechos reales (Sachenrecht)*, Madrid, 2007, 608).

³⁶ Artículo 2078 *Code civil*.

³⁷ Tal y como explica Isabel ARANA, dicha reforma fue aprobada mediante la *Ordonnance* núm. 2006-346, de 23 de marzo de 2006, y ratificada por la Ley 2007-212, de 20 de febrero de 2007. La *Ordonnance* de 2006 añadió al *Code civil* el Libro IV (arts. 2284 a 2488), que reagrupa todas las normas sobre garantías, tanto personales como reales, anteriormente reguladas en el Libro III. Posteriormente, el Derecho de garantías se complementó con la consagración de la fiducia en garantía o cesión de la propiedad a título de garantía, incorporada a los artículos 2372-1 a 2372-5 (bienes muebles) y 2488-1 a 2488-5 (bienes inmuebles) del *Code civil* por la *Ordonnance* 2009-112, de 30 de enero de 2009, modificados por la Ley 2009-526, de 12 de mayo de 2009. Cfr. ARANA DE LA FUENTE, (2012, 6-58).

³⁸ «*La propriété de l'immeuble peut également être retenue ou cédée en garantie*».

³⁹ Artículo 2744 *Codice civile*: «*E nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto e' nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno*».

⁴⁰ La cursiva es mía.

⁴¹ Véase la sentencia de Cassazione civile 26 de septiembre de 2018, n. 22903. Se entiende que hay violación de la prohibición del comiso en un supuesto en el que las partes, junto con la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, otorgan una segunda escritura por la que el deudor otorga poder de representación al prestamista para que pueda poner en su nombre a la venta el bien inmueble objeto de la garantía hipotecaria. Entre la doctrina italiana que ha tratado el tema de la prohibición del pacto comisorio, BIANCA, (1957); VARRONE, (1968); BRECCIA (1968, 61 y sigs.); DI PAOLO, (1995,309-314); BARBIERA, (2010, 285-335); IACUANIELLO BRUGGI (2010, 1-16).

⁴² Cfr. LUMINOSO (1987, 217-272).

⁴³ Cfr. VALENTINO (2007, 540); LUMINOSO (1990, 219).

⁴⁴ Cassazione civile 22 de agosto de 2019, n. 21588; 11 de julio de 2019, n. 18680; 30 de mayo de 2019, n. 14758; 12 de diciembre de 2017, n. 29808; 9 de octubre de 2017, n. 23617 y 5 de octubre de 2017, n. 23250.

⁴⁵ Cfr. CIPRIANI (2000, 19 y sigs.) Explica este autor que el pacto comisorio es considerado, así, un negocio en sí mismo (*patto commissorio autonomo*) con finalidad de garantía, que debe prohibirse por contener los elementos vedados en los artículos 2744 y 1963 CC.

⁴⁶ Cfr. VALENTINO (2007, 530); REALI, (2014, 579); MAZZAMUTO (2012, 570).

⁴⁷ Cfr. Cassazione civile. 28 de enero de 2015 n. 1625, previa a las modificaciones legislativas que se introdujeron tras la promulgación de la Directiva, Giovanni D'AMICO comenta esta sentencia (2017, 1 y sigs.) y afirma que el interés del pacto marciano, reconstruido por vía jurisprudencial en esta sentencia, radica en que representa un intento de identificar un supuesto en el que la intervención del acreedor para proteger sus intereses, en un claro ejercicio de autotutela, resulte explícitamente previsto (y permitido), salvaguardando al mismo tiempo los intereses del deudor.

⁴⁸ Matteo Dellacasa mostraba, ya en el año 2008, como la Corte de Casazione italiana había implementado este concepto y exigía su concurrencia para que pueda prosperar el remedio de la resolución del contrato. Cfr. DELLACASA (2008, 266); cfr. también TRIMARCHI (2010, 66); PAGLIANTINI 2015, Disponible en <http://www.personaemercato.it/wp-content/uploads/2015/10/Pagliantini.pdf> Última consulta, 11 de enero de 2021; PUTTI, (2009, 1152 y sigs.).

⁴⁹ Cfr. BIANCA (2000, 130 y sigs.).

⁵⁰ Sobre el impacto de la Directiva en Italia véase SIRENA, (2016, 3 y sigs.); BARGELLI, y DONADIO, (2017, 304-328).

⁵¹ En adelante, TUB.

⁵² Artículo 120 *quinqüesdecies*: «3. Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita e' inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita e' superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non puo' essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-quater

4. Agli effetti del comma 3: a. il finanziatore non puo' condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; b. se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore e' assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza; c. costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2; d. il valore del bene immobile oggetto della garanzia e' stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalita' di cui al terzo comma dell'articolo 696 del codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento. Si applica quanto previsto ai sensi dell'articolo 120-duodecies», DECRETO-LEGGE 21 aprile 2016, n. 72. Consultable en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/20/16G000871> sg. Última consulta, 11 de enero de 2021.

⁵³ Art. 48 bis: «Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 puo' essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una societa' dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprieta' di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5». DECRETO-LEGGE 3 maggio 2016, n. 59 (convertito con modificazioni dalla L. 30 giugno 2016, n. 119, in G.U. 02/07/2016, n. 153). Consultable en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/03/16G00076/sg>. Última consulta, 11 de enero de 2021.

Cfr. D'AMICO (2017, 6 y sigs.); BARGELLI, y DONADIO, (2017, 324).

⁵⁴ «*Ai fini del concorso tra i creditori, il patto a scopo di garanzia di cui al comma 1 e' equiparato all'ipoteca*». No aborda, sin embargo, esta norma qué derechos asisten al acreedor —por ejemplo el de acudir a un procedimiento ejecutivo ordinario—, en el caso de que el valor del bien transferido sea inferior a la cantidad adeudada, cfr. DIAZ GÓMEZ (2019, 816).

⁵⁵ BRODI, (2017, 1 y sigs.), disponible en <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/932.pdf>, Última consulta, 11 de enero de 2021.

⁵⁶ No se puede olvidar, sin embargo, que en el artículo 120-15 la remisión al juez es subsidiaria en los casos en que no se haya nombrado el perito independiente, de mutuo acuerdo, por las partes.

⁵⁷ El artículo 48 bis se refiere, incluso, al supuesto de que el titular del bien estuviera inmerso en un procedimiento concursal.

⁵⁸ Existe otra norma, anterior a la transposición de la Directiva, que supone el reconocimiento normativo del pacto marciano, Decreto Legge 30 settembre 2005 n. 203 convertido con alguna modificación en la L. 2 aprile 2015 en materia de préstamo vitalicio hipotecario. Lo más destacable de esta norma es el establecimiento de un proceso de ejecución de la garantía de carácter privado que excluye el recurso al procedimiento judicial, por cuanto la entidad financiera puede poner a la venta el bien dado en garantía. El bien será valorado por perito independiente y consta la obligación de restituir el exceso, si lo hay, a la parte deudora. Lo que no existe es el pacto, puesto que se trata de una facultad prevista por la propia norma de oficio, siempre que concurren una serie de circunstancias.

⁵⁹ LUMINOSO (2017, 28); ASTONE (2017,761); CIPRIANI, (2000, 174 y sigs.); D'AMICO, (2017, 9) PAGLIANTINI (2016, 933 y sigs.); CAMPOLATTARO, (2017, 601). La jurisprudencia también había contemplado supuestos en los que se admitía el pacto marciano, cuando las partes contemplaban la devolución al deudor del exceso de valor del bien entregado en garantía, porque concurría el elemento de equidad (vease Cassazione civile 21 de mayo de 2005, n. 1273; 9 de mayo de 2013, n. 10986; 6 de octubre de 2004, n. 19950; 28 de enero de 2015 n. 1625).

⁶⁰ SSTSJ Cataluña de 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 977), y 28 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 2024). Con cita de otras sentencias anteriores con las que mantienen una línea continuista como las SS. del TSJCat de 31 de septiembre de 1991 (*RJ* 1992, 3912), 29 de mayo de 1991 (*RJ* 1992, 3903), 1 de febrero de 2002 (*RJ* 2019, 2024).

⁶¹ Véase nota 7, en la que se explica más extensamente el supuesto.

⁶² En el caso recogido en la Sentencia de 28 de febrero de 2019.

⁶³ Véase el discurso y las citas que contiene sobre esta cuestión el trabajo de Esperança Ginebra: GINEBRA MOLINS, (2009, 329-332).

⁶⁴ Señala el artículo 568-28 CCCat que, en lo no dispuesto por las normas sobre el derecho a redimir en la venta a carta de gracia, regirán las reglas relativas al derecho de opción. En cualquier caso, la doctrina reconoce que históricamente, lo esencial en el derecho de redención resultante de la venta a carta de gracia era la función de garantía que normalmente desempeñaba dicha venta. Cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1351).

⁶⁵ Tampoco hay una opinión unánime al respecto en la doctrina, especialmente en lo que se refiere a la opción de compra. Cfr. BOSCH CAPDEVILA, (2020, 267-271); DEL POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA, (2018, 533).

⁶⁶ Fundamento de Derecho segundo de la STSJC de 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 977). Véase, en el mismo sentido, algunas sentencias de las Audiencias catalanas: SAP Tarragona de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018/128853), SAP Barcelona, de 15 de septiembre de 2020, (Id Cendoj: 08019370012020100318).

⁶⁷ A diferencia de lo que ocurre en Cataluña, la venta con pacto de retro es regulada en Navarra dentro del elenco de las garantías reales tipificadas, cfr. RUBIO TORRANO, (2020, 1994-2002).

⁶⁸ STSJ de Navarra, 26 de octubre de 1999, (*RJ* 1999, 9743). Véase también, la STSJ de Navarra, 22 de enero de 1994 (*RJ* 1994, 578).

⁶⁹ ELIZARI URTASUN, (2020, 1941-1946).

⁷⁰ TORRES LANA, (1993, 331). Señala en concreto este autor que, «*Al igual que en Derecho catalán, la existencia de lesión ha de referirse exclusivamente al contrato de opción y no prejuzga la rescindibilidad del definitivo, que en todo caso, juega con independencia. Consecuentemente, la apreciación de la lesión y su cuantificación debe referirse al momento perfectivo del contrato de opción*».

⁷¹ Artículo 51 CE: «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales». Cfr. COLLADO-RODRÍGUEZ, (2019,47). Señala DE BARTOLOMÉ que para poder dotar a la cláusula de orden público de un sentido y una función clara y estable hay que desechar la idea de catalogarlo como un límite, pues se trata, en realidad, de una cuestión de delimitación constitucional, de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución. DE BARTOLOMÉ CENZANO, (2002, 37).

⁷² STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320), citada por SÁNCHEZ JORDAN, «La transmisión de la propiedad del bien hipotecado...» (2020, 56, nota 59). En la misma línea, véase la STS de 26 de abril de 2001 (RJ 2001, 2037) comentada por MARÍN LÓPEZ (MARÍN LÓPEZ, (2002, 147-171) y la RDGRN de 26 de diciembre de 2018, (BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019, 7744 a 7755).

⁷³ ALBIEZ DOHRMANN (2016, 166). Consultable en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1034> (última consulta 12 de enero de 2021).

⁷⁴ RJ 1988, 9748. Dice literalmente el Fundamento de Derecho 18.º: «*Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza*».

⁷⁵ Véase el análisis con cita de diversas sentencias contenido en las p. 140 y sigs. de la obra de SANCINENA ASURMENDI, (2007).

⁷⁶ Más detalladamente explicado el supuesto de hecho en la nota 8. Cfr. STS de 21 de febrero de 2017, Cendoj: 28079110012017100108. Fundamento de Derecho 2.º: «*La garantía atípica acordada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé su nulidad absoluta (STS 141/2013, de 1 de marzo)*».

⁷⁷ Cfr. STS de 4 de febrero de 2020 (RJ 2020, 320). Del mismo tenor, puede verse la SAP de Burgos de 21 de marzo de 2016 (AC 2016, 504).

⁷⁸ De acuerdo con esta versión del pacto marciano y, por estas razones, cfr. MARÍN LÓPEZ, (2015, 452).

⁷⁹ Cfr. SSTs de 19 de abril de 1997 (RJ 1997, 3429); 7 de octubre de 1997 (RJ 1997 17101); 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1821).

⁸⁰ SAP Sevilla, de 5 de noviembre de 2015, (ECLI: ES: APSE:2015:3163). Señala el Fundamento de Derecho 4.º que: «*En el presente caso lo que existe, en virtud de la regulación contenida en el artículo 9.2 del RD-L 5/2005 de 11 de marzo, es un pacto marciano, por el que el acreedor puede apropiarse por sí de la cosa dada en prenda...*».

⁸¹ Véase Resoluciones citadas en la nota 10 de este trabajo y, además, RRDGRN de 10 de junio de 1986 (RJ 1986, 3840); 29 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 7646); 5 de junio de 1991 (RJ 1991, 4649); 22 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6919); 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7798); 30 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7214); 26 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2184).

⁸² RJ 1991, 3138.

⁸³ RJ 2005, 6923.

⁸⁴ Véase también la RDGRN de 19 de febrero de 2002 (RJ 2002, 4141), en la que se incide en el hecho de que nunca debe presumirse el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de una norma prohibitiva, ni esta debe aplicarse extensivamente.

⁸⁵ BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019, 7744 a 7755.

⁸⁶ Así, señala RAMÓN DURÁN que «hacer más onerosas las garantías repercute a corto y medio plazo en una restricción del crédito y, con ello, marca una negativa impronta en la economía general, en términos de oferta y demanda», DURÁN RIVACOBIA (2019, 13); véase también CELENTANI, GANUZA FERNÁNDEZ, GÓMEZ POMAR, (2018, 37).

⁸⁷ Artículo 14 RH: «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tática o legal, del contrato de arrendamiento».

⁸⁸ Por todos, véase la referencia de la profesora MAS a la realidad constatable de que los derechos de adquisición mantienen su vitalidad y desempeñan en la actualidad una función importante en el tráfico jurídico (MAS BADÍA, 2020, 130-133); también lo entendía así Don Jerónimo GONZÁLEZ, véase DÍAZ TABOADA, (1993, 1803-1822).

⁸⁹ El contenido de la futura compraventa ya se encuentra determinado, pero sus efectos están en suspenso hasta que una de las partes lo decida dentro de un plazo determinado. Por tanto, la nota definitiva de la opción de compra es la vinculación de una sola de las partes (el concedente), a la decisión que en su momento adopte la otra parte (el optante), dentro del plazo y en las condiciones previstas en el título constitutivo. Cfr. OSSORIO y GALLARDO, (2018).

⁹⁰ Artículo 3113-1 PAPDC.

⁹¹ Ley 460 CDCFN: «Los derechos de opción, tanteo y retracto voluntario tendrán carácter real cuando así se establezca; si se constituyen con carácter personal se registrarán por las disposiciones del título II del libro IV (...)».

⁹² Artículo 568-2.2.º CCat: «El ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria». BOSCH CAPDEVILA recuerda que la norma anterior al CCCat (art. 20 LSSDA) si exigía, para que el derecho de opción tuviese naturaleza real, que se constituyese con tal naturaleza, y critica la decisión legislativa de suprimir este requisito en el Libro V del CCCat, porque convierte de nuevo en discutible la cuestión, cfr. BOSCH CAPDEVILA, (2020, 79).

⁹³ «Es la autonomía de la voluntad la que configura un derecho de opción como personal o como real» SANCINENA ASURMENDI, (2007, 165). Esta autora se remite, a su vez, a la doctrina de SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 2.º, Barcelona, 1991, 458 y sigs. y de ROCA SASTRE (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, Barcelona, 1942, 376-379); véase también la clasificación de las dos modalidades de opción en el trabajo de BOSCH CAPDEVILA, (2020, 51 y sigs.), quien también se remite a la autorizada opinión de ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo V, Bosch, Casa Editorial SA, Barcelona, 8.ª. edición, 1994, 581), favorable a la posibilidad de considerar el derecho de opción de compra como un gravamen o carga real, al margen, o además, de la referencia al derecho personal de opción que contiene el artículo 14 del Reglamento Hipotecario.

⁹⁴ RDGRN de 27 de marzo de 1947 (*RJ* 1947, 440).

⁹⁵ *RJ* 1966, 4020.

⁹⁶ Véase por ejemplo la RDGRN de 26 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1989). De todo ello da cuenta en su trabajo MAS BADÍA, (MAS BADÍA, 2020, 132, véase nota 14).

⁹⁷ Artículo 568-2 CCCat y Ley 460 CDCFN.

⁹⁸ Cfr. YSÁS SOLANES (1989, 1234).

⁹⁹ Artículo 3113-10.4 PAPDC.

¹⁰⁰ BOSCH CAPDEVILA (2020, 86 y sigs.); no parece de la misma opinión Jose Luis Valle, cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1286).

¹⁰¹ Sería por tanto, aplicable a la opción de compra en garantía la dicción del artículo 12 LH y del artículo 1857.1 CCE.

¹⁰² Artículos 104 y sigs. LH. Véase DOMINGUEZ LUELMO (2019, 1169-1177).

¹⁰³ Cfr. artículo 122 LH.

¹⁰⁴ DÍEZ PICAZO y GULLÓN (2019, 153).

¹⁰⁵ Más adelante me refiero al pacto sobre el ejercicio unilateral de la opción de compra por parte del acreedor/optante.

¹⁰⁶ DOMINGUEZ LUELMO (2019, 1174), que se remite a la autorizada opinión de CÁMARA LAPUENTE (2018, 159 y sigs.).

¹⁰⁷ Estaríamos ante un supuesto de coligación negocial, en el sentido de que la causa de cada contrato es plenamente identificable y diferenciable entre sí, concurriendo dos contratos y un nexo de unión entre ellos. Así, y aun cuando se mantenga la accesoriidad de la garantía con respecto a la obligación principal, no tiene lugar la conformación de un solo negocio jurídico, es decir, no se anula la naturaleza y autonomía de cada uno de los contratos que mantienen su individualidad y se rigen por las normas que les son propias. Cfr. LÓPEZ FRÍAS, (1993), consultable en <https://digibug.ugr.es/handle/10481/35668>, última consulta 12/1/2021.

¹⁰⁸ La RDGRN de 13 de febrero de 2019 (RJ 2019, 753) establece que «*nada impide configurar el derecho de opción como derecho real con base en el criterio de «numerus apertus» que rige en nuestro ordenamiento... Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes (...) para que un derecho acceda al Registro de la Propiedad debe reunir los requisitos establecidos al efecto por el ordenamiento jurídico y en concreto por la normativa hipotecaria*».

¹⁰⁹ Artículo 3113-1 PAPDC.

¹¹⁰ Artículo 568-6 e) y 568-12.3 CCCat.

¹¹¹ Artículo 3113-10.5 PAPDC.

¹¹² No hay que olvidar que se está analizando una opción real de compra vinculada a un contrato de crédito inmobiliario en el que el deudor o el garante es persona física, y que también puede serlo la parte acreedora. Desde la entrada en vigor de la LCCI, la protección se extiende a todas las personas físicas que ostenten la condición de deudor o garante, sean o no consumidores y, en el lado de la oferta, también a los supuestos en los que el prestamista es persona física que no actúa de manera profesional sino solo con finalidad inversora. Cfr. AGÜERO ORTIZ, (2019, 113).

¹¹³ «*Dichas normas de tasación reconocidas internacionalmente contienen principios de alto nivel que exigen que los prestamistas adopten y asuman, entre otras cosas, procedimientos adecuados de gestión de los riesgos internos y de las garantías, que incluyen sólidos procedimientos de valoración, con objeto de adoptar métodos y normas de evaluación que conduzcan a tasaciones realistas y fundamentadas de los inmuebles a fin de garantizar que los informes de tasación se elaboren con la adecuada competencia y diligencia profesionales y que los tasadores cumplan determinados requisitos de cualificación y mantengan a efectos de garantía una documentación de tasación adecuada que sea detallada y plausible*».

¹¹⁴ Artículo 568-8.1 CCCat, Ley 461 CDCFN, y artículo 3113-9 PAPDC. Me parece especialmente acertada esta norma dispositiva que regula en defecto de acuerdo entre las partes, proveyendo, así, en todo caso al contrato de constitución de la opción de un elemento esencial, cual es el de la duración del derecho. No tan acertada la disposición contenida en el artículo 568-6 a) Ccat, que establece una duración, en defecto de pacto, de 4 años, generando un acercamiento peligroso a lo previsto en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario que, como ya se ha señalado, no rige para opción real, sino solo

para la opción de compra de naturaleza personal que pretende inscribirse en el Registro de la Propiedad. (cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1264).

¹¹⁵ Modificación introducida por ley Ley Foral 21/2019, de 4 de abril.

¹¹⁶ El concepto de incumplimiento esencial del contrato de crédito ha quedado acuñado en el artículo 24 LCCI mediante la exigencia de que concurren conjuntamente los siguientes requisitos: a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses b) Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses. ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. Cfr. MARTÍN FABRA 2019, 571 y sigs.); LÓPEZ DÍAZ, (2012, 13-62).

¹¹⁷ En opinión del profesor BOSCH esta es la única manera de entender la condición, que afecta al nacimiento del propio derecho de opción. De otra manera se estaría desvirtuando la esencia de este derecho, cuyo ejercicio ya no queda solamente al arbitrio del optante, sino que depende también del comportamiento del concedente/deudor. Cfr. BOSCH CAPDEVILA, (2020, 269).

¹¹⁸ Artículos 568-10.1 CCCat y 3113-14 PAPDC. No hay norma paralela, no obstante, en el derecho navarro.

¹¹⁹ Cfr. VALLE MUÑOZ, (2017, 1280). Incide este autor en el carácter dispositivo de la norma que puede modificarse mediante pacto.

¹²⁰ Cfr. artículo 27 LH, y STS de 21 de julio de 2016 (ROJ: STS 3886/2016) que señala literalmente: «el artículo 27 LH demuestra que las prohibiciones de disponer voluntarias que tengan su origen en contratos onerosos carecen de eficacia jurídico-real: cabalmente por eso tales prohibiciones no tiene acceso al Registro [SSTS 840/1993, de 26 de julio (Rec. 267/1991) y 25/2001, de 17 de enero (Rec. 2889/1995)]».

¹²¹ Cfr., entre otras, RDGRN 6 de noviembre de 2013 (BOE 297, 12 de diciembre de 2013, 12960).

¹²² Cfr. además de la Resolución citada en la nota anterior, RRDGRN de 18 de mayo de 2011 (RJ 2011, 3971), y 5 de septiembre de 2013 (BOE 238, 4 de octubre de 2013, 10352).

¹²³ Cfr. RDGRN de 22 de abril de 2005 (RJ 2005, 5365). MAS BADÍA señala que la doctrina mayoritaria se muestra conforme con el criterio de la Dirección General, y cita, en contra, a CHICO Y ORTIZ (1982, 87) y a RAMÓN CHORNET, (1989, 311 y ss). Cfr. MAS BADÍA, (2020, 162).

¹²⁴ Artículo 568-12. CCCat.

¹²⁵ Ley 461 CDCFN.

¹²⁶ Aunque no se podría obviar el supuesto de un embargo proveniente de deudas anteriores a la garantizada, que se anote en el Registro con posterioridad a la inscripción de la opción.

*Trabajo recibido el 21-1-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*

DICTÁMENES Y NOTAS

Suspensión de la prescripción adquisitiva durante la vigencia del estado de alarma

Suspension of the acquisitive prescription during the validity of the state of alarm

por

AGUSTÍN ANDRADES NAVARRO
Becario FPI de la Universidad de Sevilla

RESUMEN: La suspensión de los plazos prescriptivos y de caducidad acordada por la disposición 4.^a RD 463/2020 de 14 de marzo, se refiere no solo a los plazos de prescripción extintiva, sino también a los plazos de usucapión. Tras el alzamiento de la suspensión, finalizados los plazos ordinarios fijados en la ley, deberán sumarse todos los días naturales en que quedaron suspendidos.

ABSTRACT: *The suspension of the prescriptive and expiration periods agreed by the provision 4.^a of RD 463/2020 of March 14, refers not only to the extinctive prescription periods, but also to the usucaption periods. After the suspension has been lifted, after the ordinary periods established by law have ended, all the calendar days on which they were suspended must be added.*

PALABRAS CLAVE: Ley de 1 abril de 1939. Disposición 4.^a RD 463/2020. Suspensión. Prescripción adquisitiva. Usucapión *contra tabulas*.

KEY WORDS: Law 1 april 1939. Provision 4.^a of RD 463/2020. Suspension. Acquisitive prescription. Usucaption contra tabulas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN 4.^a RD 463/2020.—IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAZO DE LA USUCAPCIÓN *CONTRA TABULAS* (ART. 36 LH).—V. ALZAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN. EXCEPCIONES: 1. PROPIETARIOS CUYA PROPIEDAD RADICA EN PROVINCIA O COMUNIDAD AUTÓNOMA DISTINTA A LA DE SU RESIDENCIA HABITUAL. 2. AUSENTES QUE TIENEN SU RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO.—VI. UNA MIRADA AL PASADO: LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DURANTE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA.—VII. CÓMPUTO DEL PLAZO TRAS EL ALZAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la crisis sanitaria vivida en nuestro país a raíz de la expansión del COVID-19, el Gobierno se vio obligado a declarar el estado de alarma, adoptando a través del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo (en adelante RD 463/2020), una serie de medidas, con el fin de hacer frente a la grave situación en la que aún seguimos inmersos. Y como no, el Derecho en general, y más específicamente el Derecho civil, a objeto de nuestro estudio, ha resultado afectado por dichas medidas. Así, en las disposiciones 2.^a y 3.^a se acordaba la suspensión de los plazos procesales y administrativos.

Siendo el objetivo del presente trabajo, analizar la forma en que la usucapción inmobiliaria ha podido verse afectada por este estado de alarma, es la disposición 4.^a de este RD 463/2020¹ la que a nosotros nos interesa, y la que va a ser objeto de estudio a lo largo de las siguientes páginas. Según esta «los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren».

De esta forma, estudiaremos si la suspensión incluida en la citada norma va referida solamente a los plazos de prescripción extintiva, o si por el contrario deben entenderse también comprendidos los plazos de prescripción adquisitiva o usucapción. En este último caso (es decir, que los plazos de usucapción se hayan visto suspendidos por la declaración del estado de alarma), abordaremos cómo debemos proceder para el cómputo de los mismos una

vez declarado el alzamiento de la suspensión, haciendo especial referencia a las propuestas realizadas por el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) en este sentido.

Sin embargo, antes de entrar en el análisis de todo ello, es conveniente que precisemos la distinción entre dos instituciones que suelen confundirse y que aparecen en esta disposición 4.^a: la prescripción y la caducidad.

II. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

De acuerdo con el artículo 1930 del Código civil, podemos distinguir dos tipos de prescripción: adquisitiva o usucapión, que es cuando, cumpliendo ciertos requisitos, adquirimos un derecho por el transcurso del tiempo; y extintiva, que supone justamente lo contrario, es decir, la pérdida del mismo.

Por su parte la caducidad, supone también la extinción de un derecho por su falta de ejercicio durante el plazo temporal fijado en la ley, no siendo este susceptible de interrupción.

De la definición que acabamos de dar sobre la prescripción y la caducidad, puede *a priori* existir cierta confusión entre ambos conceptos. Sin embargo, como apunta DÍEZ-PICAZO (DÍEZ-PICAZO, 2007, 12-13), el Tribunal Supremo (en adelante TS) ha venido estableciendo reiteradamente una serie de diferencias entre ambas instituciones:

1.º *La prescripción ha de ser siempre alegada por la persona interesada, es decir a instancia de parte. Por el contrario, la caducidad puede ser apreciada de oficio por los tribunales*². Es decir, la prescripción adquisitiva (usucapión) ha de ser alegada por la parte interesada. No es apreciable nunca de oficio por los tribunales³. Por el contrario, la caducidad del plazo para interponer un recurso, puede ser apreciado de oficio por el tribunal competente, e inadmítirlo⁴.

2.º *El tiempo fijado para la prescripción, es susceptible de ser interrumpido. Por el contrario, en la caducidad solo podemos hablar de suspensión*⁵.

Esta es, sin duda, la principal diferencia entre una y otra. Mientras los plazos de prescripción quedan sujetos a las posibilidades de interrupción contempladas en el artículo 1973 del Código civil, la caducidad no es susceptible de ningún tipo de interrupción.

¿Pero cuáles son las diferencias entre interrupción y suspensión?

Sobre ello, y en primer lugar, debemos advertir que muchas veces el legislador no hace un uso muy preciso de ambos términos, hablando indistintamente de interrupción y suspensión, como si ambos conceptos vinieran a significar exactamente lo mismo. Esto da lugar, sin atisbo de dudas, a una gran confusión en torno a estos dos conceptos.

Esta utilización, poco precisa, del legislador a la hora de hablar de suspensión e interrupción, se puede comprobar, sin ir más lejos, en el propio RD 463/2020. Así, si atendemos a su disposición adicional segunda, en la que se acuerda la «suspensión» de los plazos procesales, podemos comprobar que el legislador utiliza indistintamente ambos conceptos, como si tuvieran el mismo significado, empleando unas veces el término suspensión; en otras emplea los términos suspensión e interrupción (párrafos 1.º y 2.º); y en otras simplemente el de interrupción (párrafo 3.º). Lo mismo puede observarse también en su disposición adicional tercera, en el que se acuerda la «suspensión» de los plazos administrativos, y sin embargo, en el desarrollo del mismo, el legislador emplea el término «interrupción de plazos».

Otro claro ejemplo de ello, lo encontramos en el artículo 134 de la Ley de enjuiciamiento civil que refiriéndose a plazos que son de caducidad (como los procesales), habla de interrupción, cuando, conforme a lo dicho por el Tribunal Supremo, para estos plazos solo es posible hablar de suspensión.

Con los ejemplos aquí expuestos, queda patente que el uso que hace el legislador de ambos conceptos no es nada claro, y que ha sido la doctrina la encargada de diferenciarlos. Así, la interrupción conlleva la necesidad de comenzar el cómputo del plazo desde el principio, y no por donde este se había quedado justo antes de que acaeciera el acto que provocó la interrupción. Eso sí, dicho acto debe tener éxito, pues de lo contrario se sigue computando el plazo como si nada hubiera ocurrido⁶. Es decir, si disponemos de 10 años para ejercitar la acción reivindicatoria contra el que está usucapiendo de manera ordinaria nuestro dominio, interpuesta esta a los cinco años, queda interrumpido el plazo de la usucapión. A partir de aquí, tenemos dos posibles soluciones:

1. Si la acción reivindicatoria tiene éxito, el actor recuperará su posesión, y al usucapiente no le habrán servido absolutamente de nada los cinco años en los que había estado poseyendo el dominio. Para que este último pueda intentar nuevamente adquirirlo por usucapión, tendría que volver a empezar desde cero. Es decir, tendría que procurar hacerse de nuevo con la posesión del dominio, y empezar a computar el plazo *ad usucapionem* desde el principio.

2. Por el contrario, si la acción reivindicatoria fracasa, no habrá habido interrupción como tal, y el plazo de la usucapión sigue corriendo como si nada hubiese pasado. Así se establece en el artículo 1946.3 del Código civil.

Por su parte la suspensión, único supuesto posible cuando hablamos de caducidad, provoca que el cómputo del plazo quede paralizado, volviéndose a reanudar justo por donde se había quedado antes de acaecer la causa de suspensión⁷. Sería, por ejemplo, el plazo del que disponemos para contestar

a una demanda. Si por la causa que sea pedimos la suspensión, desaparecida esta, el plazo vuelve a continuar por donde se quedó.

Una vez analizada la diferencia entre interrupción y suspensión desde el punto de vista doctrinal, si atendemos a las ya mencionadas disposiciones 2.^a y 3.^a del RD 463/2020, aunque se habla indistintamente de interrupción y suspensión, parece que la intención del legislador es optar por esta última, al establecer en ellas que «el cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo»⁸. Por esta misma razón, y aunque en la disposición 4.^a del RD 463/2020, objeto de nuestro estudio, no se haga referencia expresa a la reanudación de los plazos, entendemos que cuando la misma establece que «los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos...» efectivamente se está optando por la suspensión, y no por la interrupción.

3.º. *En la prescripción, la autonomía de la voluntad tiene un cierto margen de actuación especialmente en algunas modalidades de estipulación de los plazos, en la renuncia y en los reconocimientos de derechos que sirven para mantener a estos últimos con vida, mientras que en la caducidad la autonomía de la voluntad no tiene juego alguno*⁹.

Por tanto, cuando en la disposición 4.^a del RD 463/2020 se habla de la suspensión de los plazos de prescripción y de caducidad, es importante saber diferenciar ambas instituciones y no confundirlas, pues, como hemos visto, las diferencias entre una y otra son muy importantes.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN 4.^a DEL RD 463/2020

Una vez aclarada la distinción entre prescripción y caducidad, debemos analizar el ámbito de aplicación de la disposición 4.^a del RD 463/2020. Como ya hemos apuntado anteriormente, en esta disposición se acuerda la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad. No hay duda alguna de que esta suspensión abarca a todos los supuestos de prescripción extintiva. Sin embargo, nos surge el interrogante de si la misma debe hacerse extensible también a los plazos de usucapión. Es decir, decretado el estado de alarma a través del RD 463/2020 ¿se ha visto afectada la usucapión?; y, en su caso, ¿le es extensible la suspensión acordada en el mismo? Para poder responder a estas cuestiones, antes de nada, debemos analizar brevemente la figura de la usucapión, y sus correspondientes requisitos.

Como es sabido, esta institución tiene por objeto hacer coincidir la apariencia con la realidad, basándose para ello en la posesión. Es decir,

convierte en titular a aquel que, sin tener derecho alguno sobre la cosa, ha venido poseyéndola durante un cierto tiempo, y en las condiciones fijadas por la ley. Todo ello con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y del tráfico, y no crear confusión¹⁰. Así las cosas, la usucapión se configura en nuestro sistema jurídico como uno de los modos originarios de adquirir la propiedad y demás derechos reales, distinguiéndose en nuestro Código civil dos tipos: ordinaria (arts. 1940 y sigs.); y extraordinaria (1959 CC). La primera se distingue de la segunda en que el usucapiente, además de la necesidad de poseer en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente, precisa de justo título y buena fe para poder usucapir. Esa mayor exigencia de requisitos, se ve compensada con una reducción de los plazos necesarios para poder adquirir la titularidad del derecho en cuestión. Así, en el caso de los inmuebles, que es a lo que a nosotros nos interesa, mientras que en la usucapión extraordinaria se necesita poseer durante 30 años para poder adquirir la propiedad de un inmueble (art. 1959 CC), en la usucapión ordinaria basta con 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes (art. 1957 CC). Sobre estos últimos, nos referiremos más adelante, pues consideramos que, en relación con la usucapión, se trata de uno de los sujetos que más afectado se ha podido ver por esta crisis sanitaria.

Aclarando que centraremos nuestro estudio en la usucapión inmobiliaria, nos toca analizar la posible incidencia que ha conllevado para el usucapiente la declaración del estado de alarma, es decir, si le ha podido influir o no en el hecho de seguir cumpliendo con los requisitos necesarios para adquirir por usucapión.

En principio, los requisitos específicos de la usucapión ordinaria (justo título¹¹ y buena fe¹²) en nada se verían afectados por la situación de emergencia. Sin embargo, si atendemos a los requisitos específicos de la posesión *ad usucapionem*, comunes a ambos tipos de usucapión, sí que puede haber más dudas acerca del cumplimiento de los mismos por el usucapiente durante el estado de alarma.

a) *Posesión en concepto de dueño*

Según la doctrina mayoritaria¹³, posesión en concepto de dueño es aquella que es ejercida por quien, sin ser dueño real de la cosa, se comporta respecto a ella como si lo fuese. Y en este sentido, también se admite que para poder ser reputado poseedor en concepto de dueño, no basta simplemente con el *animus* de tener la cosa como propia, sino que también deberá exteriorizarse a la sociedad, generándose la apariencia de que se es verdadero titular del derecho¹⁴. Y al exigirse esa exteriorización del concepto en el que poseemos, sí que nos surge la duda de si este requisito se ha

podido ver alterado en su cumplimiento por el usucapiente, consecuencia de la declaración del estado de alarma y el consiguiente confinamiento de la población. Podríamos pensar, por ejemplo, que el usucapiente de una vivienda, al decretarse el confinamiento de la población, no ha podido realizar actos externos dominicales, seguir generando apariencia de derecho alguna en su entorno. ¿Pero esto realmente ha sido así?.

Si bien es verdad que con el citado RD 463/2020 se había limitado la libertad de circulación de las personas, en el artículo 7 del mismo se establecían una serie de actividades (cuestiones laborales, cuidado de personas mayores o dependientes, etc.) en las que sí estaba permitido salir del domicilio, lo cual ha contribuido, sin duda, a que el usucapiente haya podido seguir generando una apariencia de derecho en su entorno.

Más complicada ha podido ser la situación cuando el objeto que se está usucapiendo es un inmueble distinto al de vivienda, como por ejemplo una finca de cultivo, un local de negocio, etc. Si bien es verdad que en estos casos, como consecuencia del estado de alarma, el usucapiente no ha podido quizás ejercer una posesión efectiva sobre el inmueble, y actuar como titular en su entorno, no hay que olvidar, como tiene declarado el Tribunal Supremo, en Sentencias, por ejemplo, de 22 de septiembre de 1984¹⁵ y de 3 de junio de 1993¹⁶, que hay una serie de actos inequívocamente dominicales, de los que también se pueden deducir la posesión en concepto de dueño, como son: el pago de contribuciones, del agua, de la luz, el IBI, etc. Actos que el usucapiente de un inmueble, a pesar del estado de alarma, ha podido seguir realizando, cumpliendo en consecuencia con ese requisito de posesión en concepto de dueño exigido por el artículo 1941 del Código civil para poder usucapir.

Por tanto, debemos concluir que este requisito de la posesión en concepto de dueño, a pesar de la situación provocada por el estado de emergencia, se seguiría cumpliendo.

b) Posesión pública

Podríamos decir que posesión pública es aquella que se ejerce de una forma no oculta, de manera que todos aquellos que tengan un interés en conocerla, puedan hacerlo de una manera natural¹⁷. Entre ellos estaría, sin lugar a dudas, el verdadero propietario, a quien debe dársele la oportunidad de poder conocer, con un mínimo de diligencia, la situación posesoria que está poniendo en peligro su derecho, a fin de que pueda interrumpirla. No obstante, como afirma ALBALADEJO GARCÍA (ALBALADEJO GARCÍA, 2004, 67), posesión pública no significa simplemente ejercer la posesión de una manera externa, sino hacerlo además en el concepto en

el que se pretender usucapir¹⁸. Esta necesidad de exteriorizar el concepto en el que poseemos, y al igual que ocurría con la posesión en concepto de dueño, nos hace plantearnos si el mismo ha podido verse afectado durante la declaración del estado de alarma, debiéndose apuntar nuevamente que si lo que se está usucapiendo es un inmueble destinado a vivienda, la respuesta tiene que ser la misma que ya hemos ofrecido para el primero de los requisitos analizados. Es decir, al habérsele permitido al usucapiente salir del domicilio para realizar algunas de las actividades permitidas durante el confinamiento de la población, entendemos que ha podido seguir comportándose públicamente como propietario del inmueble frente a los demás.

En el caso de un inmueble con uso distinto al de vivienda, aunque efectivamente puede que durante este tiempo no haya habido una posesión efectiva por parte del usucapiente a la vista de todos, esta sí que puede desprenderse de actos que hubiera realizado aquel antes de declararse el estado de alarma sobre la propiedad, permitiendo al verdadero propietario darse cuenta de la situación. Por ejemplo, en una finca de cultivo, cuando esta ha sido trabajada y cultivada por el usucapiente; o las reparaciones y obras llevadas a cabo por este sobre el inmueble; etc. Todas ellas son manifestaciones de la posesión pública que ha venido ejerciendo el usucapiente en concepto de dueño, y que permiten al verdadero propietario, aunque no haya habido una posesión efectiva de aquel durante el estado de alarma, cerciorarse de la lesión que está sufriendo su derecho.

Y aunque quizás es cierto que durante todo este tiempo el verdadero propietario, por encontrarse, por ejemplo, en una zona lejana de su propiedad, ha podido tener más dificultades para poder conocer la posesión contraria a sus intereses, no podemos decir desde luego que haya sido porque el usucapiente la haya ejercido de una manera clandestina u oculta, sino más bien, por el deber de confinamiento y las limitaciones a la hora de poder desplazarse de aquel.

Por tanto, entendemos que este segundo requisito también se seguiría cumpliendo por parte del usucapiente, a pesar del estado de alarma.

c) Posesión pacífica

La posesión pacífica es aquella que es adquirida y ejercida sin ningún tipo de violencia, sin contrariar la voluntad del anterior poseedor¹⁹. Este requisito, en relación al estado de alarma, no genera ningún tipo de problemas en cuanto a su posible cumplimiento. No obstante, sí que hay una cuestión relacionada con ello, y que como consecuencia del estado de alarma, puede resultar interesante analizar.

Según se dispone en el artículo 444 del Código civil, los actos ejecutados con violencia no afectan a la posesión, no sirviendo el mantenimiento de esta a efectos *ad usucapionem*. Es decir, si hemos adquirido violentamente la posesión, esta no nos sirve para usucapir. Pero obviamente, esto no va a ser así de manera indefinida, y un importante sector de la doctrina²⁰, con la que me muestro partidario, entiende que esa posesión va a contar a efectos de usucapión, una vez se haya subsanado el vicio de la violencia. ¿Y cuándo se entiende subsanado ese vicio? Cuando transcurra el año al que se hace referencia en el artículo 460.4.º del Código civil. Es decir, el año del que dispone el poseedor para ejercer algunas de las acciones protectoras de la posesión, transcurrido el cual, el despojante pasará a ser poseedor *ad usucapionem*, comenzando el cómputo para la prescripción adquisitiva²¹.

La pregunta que nos surge es si este plazo dispuesto en el artículo 460.4.º del Código civil para que pueda entenderse subsanada la posesión adquirida de una manera violenta, se pudo ver también afectado por el estado de alarma, o si por el contrario siguió corriendo sin ningún tipo de problema en beneficio del usucapiente.

Y en este sentido la respuesta tiene que ser clara: si el transcurso de este plazo vino a coincidir con la declaración del estado de alarma, por supuesto que también se ha debido ver afectado, porque el despojado, al decretarse la suspensión de los plazos procesales en la disposición 2.ª del RD 463/2020, no ha tenido la posibilidad de ejercer la acción contemplada en el artículo 1968.1.º del Código civil, a fin de poder recuperar su posesión violentamente arrebatada.

De no ser así, el poseedor despojado resultaría claramente perjudicado pues, al haberse decretado la suspensión de los plazos procesales, consecuencia del estado de alarma, y con ello su posibilidad de defensa, habrían seguido corriendo los plazos sustantivos establecidos en los artículos 460.4.º y 1968.1.º del Código civil a favor del despojante. Y al ser tan corto el plazo del que dispone el despojado (solo de un año) para tratar de recuperar su posesión y evitar así que el despojante sane su vicio y empiece a usucapir, hace más necesario el determinar si dichos plazos deben entenderse efectivamente suspendidos con la declaración del estado de alarma.

Imaginemos al propietario cuya posesión le había sido violentamente arrebatada en mayo del año 2019, y que como consecuencia del estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020, cuando aún contaba con más de un mes de plazo para poder recuperarla, se le hace imposible poder hacerlo para antes de la fecha de vencimiento (mayo de 2020) debido a la suspensión de los plazos procesales. En estas circunstancias, carecería de sentido que el despojante, a partir de la declaración del estado de alarma, pudiera seguir computando dicho plazo de subsanación a su favor, cuando el despojado no tenía la opción de interrumpirla.

A la misma conclusión llegamos atendiendo, por ejemplo, a las STS de 16 de noviembre de 1994²², 25 de enero de 2000²³, y 29 de marzo de 2010²⁴, que abordan el tema de las incautaciones llevadas a cabo por el Estado, de manera unilateral, durante el periodo de la Guerra Civil Española, y que comentaremos más detalladamente a continuación. Baste ahora decir que, en todos estos casos, el Tribunal Supremo entiende que, al haber adquirido el Estado la posesión a través de un procedimiento asimilable a la adquisición violenta, esta no podía ser considerada apta para usucapir.

Y aunque, como ya hemos explicado anteriormente, transcurrido el plazo del año del artículo 460.4.º del Código civil, la posesión del Estado habría comenzado a considerarse apta para usucapir, como durante el periodo de la guerra, e incluso de la posguerra, debido al régimen político instaurado en España, era imposible que la persona agraviada por el acto violento del Estado pudiera defenderse, y ejercer las correspondientes acciones recuperatorias a su favor, entiende el Tribunal Supremo que hasta la publicación de la Constitución Española en el año 1978, y con ello el restablecimiento de los derechos y libertades, tal posesión del Estado debía ser mantenida como violenta y no computarse a efectos *ad usucapionem*.

Es decir, que hasta que los agraviados por las incautaciones llevadas a cabo por el Estado, no tuvieron realmente la posibilidad de ejercitar sus acciones recuperatorias y defenderse del despojo sufrido, con la publicación de la Constitución Española en 1978, entiende el Alto Tribunal que la posesión del Estado debía mantener el carácter de adquisición violenta hasta esa fecha, no contando en consecuencia a efectos *ad usucapionem*.

Por todo ello, entendemos que efectivamente dichos plazos sustantivos (arts. 460.4.º y 1968.1.º CC) deben entenderse incluidos en la suspensión acordada en la disposición 4.ª del RD 463/2020.

d) *Posesión ininterrumpida*

Implica que esa posesión en concepto de dueño, pública y pacífica debe ser continuada durante todo el tiempo necesario para adquirir por usucapión. Como sabemos, de acuerdo con el artículo 1943 del Código civil, la interrupción de la posesión *ad usucapionem* se puede producir de manera natural (cuando el usucapiente pierde la posesión, o sigue poseyendo pero de una manera distinta a la necesaria para usucapir) o de manera civil (citación judicial y acto de conciliación²⁵). La declaración del estado de alarma no entraría en ninguna de estas situaciones, porque como ya hemos analizado, el usucapiente seguiría poseyendo en concepto de dueño, pública, y pacíficamente; y tampoco hay ninguna interrupción por citación judicial o acto de conciliación. Por tanto, este requisito tampoco se vería afectado.

Analizados ya todos estos requisitos, necesarios tanto para la usucapión ordinaria como para la extraordinaria, y llegados a la conclusión de que los mismos se han seguido cumpliendo por parte del usucapiente, a pesar de la declaración del estado de alarma, tendríamos que concluir que la suspensión de los plazos de prescripción, acordada en la disposición 4.^a del RD 463/2020, alcanzaría simplemente a los supuestos de prescripción extintiva, pero no a los de prescripción adquisitiva o usucapión.

Sin embargo, si bien es verdad que hay una corriente doctrinal que defiende el carácter autónomo de la prescripción extintiva de las acciones reales respecto de la usucapión²⁶, entendemos que ambos conceptos (usucapión y prescripción extintiva), van necesariamente unidos. Es decir, que hasta que verdaderamente no se produce una posesión contraria al interés del propietario (una posesión *ad usucapionem*), no comienza el cómputo de prescripción extintiva de la acción que se trate.

Así lo manifiesta ROCA SASTRE, según el cual *«el dominio no se extingue propiamente por vía de prescripción, pues es un derecho real perpetuo, abstracción hecha del cambio de sus titulares; únicamente es susceptible de usucapión, a base de la posesión ejercida durante cierto tiempo por otra persona, provocando esta posesión contraria la actio reivindicatoria, la cual se extingue al consumarse dicha usucapión»* (ROCA SASTRE, 1979, 53). En el mismo sentido DÍEZ-PICAZO, para quien la prescripción extintiva solamente se produce cuando se consolida la usucapión, pues de lo contrario, la cosa se convertiría en *nullius*, o sería adquirida de hecho por el poseedor, aún no habiendo completado el tiempo necesario de usucapión, por ser su posesión irreivindicable. Por ello, para él, la acción reivindicatoria debe entenderse excluida del ámbito de aplicación del artículo 1963 CC, y solo a partir de una posesión a título de dueño susceptible de perturbar el derecho de propiedad, arranca el cómputo de la prescripción extintiva. Así manifiesta: *«solo una posesión a título de dueño constituye verdadera lesión del derecho de dominio y solo a partir del momento de la lesión arranca el cómputo de la prescripción extintiva»* (DÍEZ-PICAZO, 1989, 221 y sigs.)²⁷.

La misma postura parece defender en la actualidad el Alto Tribunal, al declarar en su STS de 19 de noviembre de 2012²⁸ que, aunque la acción reivindicatoria es acción real, incluida implícitamente en la relación de facultades del dueño contenida en el artículo 348 del Código civil, y a pesar de lo dispuesto sobre la prescripción extintiva de las acciones reales en el artículo 1963 del Código civil, no prescribía aisladamente considerada²⁹.

El mismo criterio adoptó la STS de 11 de julio de 2012³⁰, señalando *«la primacía o preferencia de los efectos de la adquisición del dominio respecto de las reglas de la prescripción extintiva, de suerte que actúan como presupuesto o condicionante para que esta última pueda producir sus plenos efectos. La pérdida del derecho de dominio por el mero transcurso del tiempo que implica*

la prescripción extintiva de la acción carecería de fundamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 348, como pieza angular de nuestro sistema patrimonial, si previamente no se hubiera producido una pérdida de la posesión que resulte relevante para lesionar el derecho de dominio del titular de la acción, es decir, que represente una posesión hábil para la usucapión en concepto de dueño (arts. 447 y 1941 CC)».

Una clara muestra de la inseparabilidad de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y de la usucapión es la ya anteriormente citada STS de 29 de marzo de 2010³¹, en la que el actor (Inmobiliaria Ureta, S.A.) reivindicaba el inmueble que, en el año 1937, le había sido incautado por el Gobierno provisional de Burgos, por considerar que esta sociedad era una filial del Partido Nacionalista Vasco. Con la llegada de la democracia, el Estado cedió el citado inmueble al Partido Nacionalista Vasco (en adelante PNV), solicitándose años más tarde su devolución por parte del actor, alegando que no tenía nada que ver con el partido en el año 1937 y que la incautación había sido ilegal. Frente a ello, el PNV alegaba que la reclamación de los bienes había prescrito, dado que el plazo legal previsto en el artículo 1963 del Código civil para el ejercicio de acciones reales sobre inmuebles (incluida la acción reivindicatoria) es de 30 años, habiendo estado la finca inscrita a favor del Estado desde el 15 de noviembre de 1937.

Sin embargo, el Tribunal Supremo establece que, *«el juego de los artículos 441 y 444 del Código civil impide cualquier consideración acerca de una eventual adquisición del dominio por el Estado en virtud del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapión al haber poseído por más de treinta años (art. 1959 Código civil), pues no puede aceptarse que la posesión material del inmueble por el Estado en virtud de su incautación fuese apta para adquirir por usucapión pues se trató de una adquisición forzada y unilateral por su parte frente a la que no cabía oposición alguna y en consecuencia asimilable a la posesión adquirida de modo violento».*

Es decir, el Tribunal Supremo entiende que al haber adquirido el Estado el inmueble de una forma violenta y unilateral, no se iniciaba una posesión *ad usucapionem* por parte de este, y en consecuencia, hasta la publicación de la Constitución de 1978, tampoco empezaba a correr el plazo extintivo de la acción reivindicatoria, pues durante los años de la guerra, e incluso *a posteriori*, durante la permanencia del régimen político instaurado en España, resultaba casi imposible el ejercicio de acciones recuperatorias por parte del actor.

Así afirma el Tribunal Supremo que *«el recurso ha de prosperar por cuanto el día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de la acción real de que se trata ha de fijarse a partir de la publicación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978».*

El mismo criterio se sigue en la, también anteriormente citada, STS de 16 de noviembre de 1994³², en la que se dispone que *«el recurrente tenía imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que le asistía, y que recobró plena eficacia a partir de la fecha de 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la Constitución Española (disposición final), fecha que ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el cual pudo ejercitarse la acción de recobro e indemnizatoria que esgrime en el pleito (art. 1969 CC)»*.

También en la STS de 25 de enero de 2000³³, según la cual *«la cuestión estriba en determinar si la acción reivindicatoria pudo ser utilizada por los dueños del inmueble, no solo en el ciclo de la Guerra Civil, sino después, durante la permanencia del régimen político instaurado en España»* *«los dueños del inmueble objeto del debate tenían imposibilitado el ejercicio, pero no prescrita la acción que les asistía, y que recobró plena eficacia a partir del 29 de diciembre de 1978, en que se publicó la Constitución Española (disposición final) —en cuyo artículo 33.3, por cierto, se establece que «nadie puede ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes»—, y España se constituyó en un Estado social y democrático de derecho, cuya fecha ha de tenerse en cuenta como el momento inicial desde el que pudo ejercitarse la acción de recobro esgrimida en el pleito»*.

Como se puede apreciar, el Alto Tribunal, en todas estas sentencias une el inicio del cómputo de ambas prescripciones (extintiva y adquisitiva). Esto quiere decir que el plazo de treinta años que se establece en el artículo 1963 del Código civil para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles, y más concretamente el de la acción reivindicatoria de la que dispone el verdadero propietario para recuperar su derecho, va a quedar condicionado tanto por los plazos de la usucapión ordinaria como por los plazos de la extraordinaria.

Así, cuando hablemos de esta última por faltarle al usucapiente la buena fe o el justo título, ese plazo de 30 años para poder ejercer la acción reivindicatoria, se va a mantener inalterado; en cambio, cuando el usucapiente sí reúna tales requisitos (buena fe y justo título) nos encontramos ante un supuesto de usucapión ordinaria, y el propietario solo dispondrá de 10 años (o 20 años si se trata de ausentes) para poder ejercer la acción reivindicatoria, y no de treinta como establece el artículo 1963 del Código civil.

Por tanto, como vemos, usucapión y prescripción extintiva, son dos caras de un mismo fenómeno jurídico. Son dos caras que van necesariamente de la mano. Y esto nos tiene que llevar a la necesaria conclusión de que si se acordó la suspensión de los plazos de prescripción extintiva a través de la disposición 4.^a del RD 463/2020, debía llevar aparejada necesariamente

la suspensión (que no interrupción) de los plazos de usucapición. Llegar a otra conclusión carecería de sentido, pues si bien es cierto, como ya hemos analizado, que la posesión *ad usucapionem* se seguiría produciendo a favor del usucapiente, lo que sí se ha podido ver seriamente obstruido es la posibilidad del verdadero propietario para interrumpir esa posesión.

En primer lugar, porque, además del obligado confinamiento de la población, como veremos más adelante, se prohibieron los desplazamientos a todas aquellas partes del territorio nacional que se encontraran fueran de la provincia de residencia habitual, haciendo prácticamente imposible que aquellos propietarios que tuvieran su propiedad fuera de la misma, a pesar de la posesión pública del usucapiente, pudieran conocer esa situación contraria a sus intereses.

Y en segundo lugar, porque aunque hubiera podido tener conocimiento de la situación, al haberse decretado también la suspensión de los plazos procesales con la declaración del estado de alarma, el verdadero propietario no hubiera podido iniciar actuaciones judiciales ni formular actos de oposición en contra del usucapiente.

Por todo lo dicho, resulta también razonable extender el efecto suspensivo, no solo a los plazos de prescripción extintiva, sino también a los de la usucapición. De lo contrario, se estaría beneficiando al usucapiente y perjudicando al verdadero propietario, pues a pesar de la imposibilidad de este para paralizar la situación contraria a sus intereses durante los meses de vigencia del estado de alarma, aquel continuaría computando estos a efectos de su posesión *ad usucapionem*.

Y, además, si el plazo de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, como ya hemos explicado anteriormente, se encuentra supeditado al de la prescripción adquisitiva o usucapición, si se suspende aquel, en consecuencia, debe también entenderse suspendido este.

Imaginemos, por ejemplo, al usucapiente que por contar con justo título y buena fe, está usucapiendo el dominio de manera ordinaria, siendo el plazo del que dispone el propietario para ejercer la acción reivindicatoria de 10 años, y no de 30 como dispone el artículo 1963 del Código civil. Si por el estado de alarma se acuerda la suspensión de ese plazo de 10 años del que dispone el propietario para reivindicar su derecho, debe consecuentemente entenderse también suspendido ese mismo plazo a efectos *ad usucapionem*. Y si bien es verdad que en plazos extensos, como son los de la usucapición ordinaria (10 años) y de la extraordinaria (30 años), la suspensión de unos cuantos meses en su cómputo global puede no tener una gran relevancia a efectos prácticos, sí que la tiene en algunos plazos mucho más cortos, como el previsto en la denominada usucapición *contra tabulas* del artículo 36 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH), y que vamos a abordar brevemente.

IV. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAZO DE LA USUCAPIÓN *CONTRA TABULAS* (ART. 36 LH)

Como bien sabemos, en el artículo 36 LH se regula la denominada usucapión *contra tabulas*, es decir aquella que se lleva a cabo contra lo dispuesto en el Registro, regulándose los únicos supuestos en los que el denominado tercero hipotecario, perderá la protección que le confiere el Registro en favor del usucapiente. De acuerdo con lo dispuesto en este artículo, nos encontramos dos situaciones diferentes: a) que en el momento de la adquisición del tercero hipotecario, la usucapión se hubiera ya consumado; b) o bien que esta no lo haya hecho aún, pero lo hará dentro del año siguiente a la adquisición por el tercero.

En ambos casos, según se dispone en el artículo 36 LH, el tercero hipotecario perderá su protección frente al adquirente por usucapión cuando, no habiendo conocido ni podido conocer tal posesión de hecho al tiempo de su adquisición, la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a su adquisición. Es decir, el tercero hipotecario, desde que inscribe su derecho³⁴, dispone del plazo de un año para ejercitar las correspondientes acciones en contra del usucapiente. De lo contrario, si transcurre el plazo en cuestión, sin que el tercero hipotecario haya hecho nada para oponerse a esa posesión, el usucapiente será preferido frente al tercero.

¿Este plazo previsto en el artículo 36 LH para poder oponerse a la posesión del usucapiente debemos entenderlo también suspendido con la declaración del estado de alarma?

La respuesta debe ser idéntica a la que ofrecimos anteriormente cuando analizábamos el plazo del artículo 460.4 del Código civil para entender subsanado el vicio de la posesión adquirida de forma violenta. Mientras ha estado vigente la suspensión de los plazos procesales, el tercero hipotecario, no ha tenido la oportunidad de poder acudir a los tribunales para oponerse expresamente a esa posesión del usucapiente. Por tanto, parece evidente que ese plazo de un año, con la declaración del estado de alarma, debe haberse visto suspendido, pues de lo contrario el tercero hipotecario resultaría claramente perjudicado, viendo reducido el plazo que dispone la ley para oponerse a esa situación.

Ese plazo de un año seguiría computándose a favor del usucapiente, sin que el titular inscrito hubiera tenido la posibilidad de interrumpirlo durante todos los meses en que quedaron suspendidos los plazos procesales, agravándose aún más la situación si la fecha de vencimiento de dicho plazo vino a coincidir con el estado de alarma.

Imaginemos al tercero hipotecario, que procedió a inscribir su derecho en el Registro en mayo de 2019, cuando este ya había sido usucapido por otra persona. El tercero hipotecario, de conformidad con el artículo 36 LH, dis-

pondría hasta mayo de 2020 para impedir que el usucapiente fuera preferido y consolidase así su adquisición. Si decretado el estado de alarma el 14 de marzo de 2020 sin que aquel hubiera aún interrumpido dicha situación, y no entendiésemos suspendido el plazo del año previsto en el artículo 36 LH, el usucapiente, al llegar mayo de 2020 y no haber podido el tercero hipotecario acudir a los tribunales por la suspensión de los plazos procesales, resultaría preferido sobre este. De ahí que entendamos perfectamente justificado que el plazo establecido en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, para impedir que el usucapiente resulte preferido, se entienda también suspendido con la declaración del estado de alarma.

El propio artículo 42 del RDL 8/2020, de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, vino a ordenar la suspensión del plazo de caducidad de los asientos de presentación, de las anotaciones preventivas, de las menciones, de las notas marginales y de cualesquiera otros asientos registrales susceptibles de cancelación por el transcurso del tiempo, aclarando la DGSJyFP en su instrucción de 28 de mayo de 2020³⁵, que dicha suspensión seguiría vigente mientras no se acordase su levantamiento en este ámbito. La expresa derogación de dicho artículo 42 tuvo lugar el pasado 10 de junio, a través del la disposición adicional 4.^a del RDL 21/2020, de 9 de junio³⁶, que acordaba el alzamiento de la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales susceptibles de cancelación por el transcurso del tiempo, reanudándose su cómputo esa misma fecha. Y en este sentido, la RDGSJyFP de 11 de junio de 2020³⁷, afirma que el cómputo de los plazos de caducidad de los asientos registrales ha estado suspendido desde el día 14 de marzo en que entró en vigor el estado de alarma, hasta el día 9 de junio, ambos inclusive, pues el levantamiento de la suspensión no tuvo lugar hasta el día 10 de junio de 2020. Y por ello, entendemos que lo aplicable a los demás asientos registrales debe valer también para el asiento de inscripción y sus efectos protectores, quedando, en consecuencia, suspendido el plazo de caducidad del plazo del año que el artículo 36 LH concede al tercero adquirente.

En el caso que no estuviera aún consumada la usucapición, además de la suspensión del plazo del año del que dispone el verdadero propietario para no resultar preferido el usucapiente, el propio plazo de la prescripción adquisitiva, con la declaración del estado de alarma, se vería suspendido por las razones que ya hemos analizado en otra parte de este trabajo. Es decir, la usucapición *cuasi consumada*, mientras no se ha declarado el alzamiento de la suspensión de los plazos prescriptivos, tampoco ha seguido corriendo en contra del tercero hipotecario.

Habiendo ya realizado este análisis, y llegados a la conclusión de que a los plazos de prescripción adquisitiva también les alcanza la suspensión

acordada en la disposición 4.^a del RD 463/2020, resulta necesario a continuación determinar durante cuánto tiempo han quedado estos suspendidos.

V. ALZAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN. EXCEPCIONES

A través del Real Decreto 537/2020 de 22 de mayo, por el que se prorrogaba el estado de alarma (en adelante RD 537/2020)³⁸, se acordó tanto el alzamiento de los plazos procesales, como de prescripción. Así, en su artículo 8 se disponía «con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzarán la suspensión de los plazos procesales». De la misma manera, el artículo 10 declaraba que «con efectos desde el 4 de junio de 2020, se alzarán la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones».

Esto quiere decir que desde el pasado 4 de junio, acordado ya el alzamiento de la suspensión de los plazos procesales y de prescripción, y teniendo en consecuencia el verdadero propietario la oportunidad de acudir nuevamente a los tribunales para oponerse a esa posesión *ad usucapionem*, los plazos de usucapión comenzaron a computarse nuevamente justo por donde se habían quedado cuando se decretó el estado de alarma (como explicaremos más adelante). Pero, ¿todos los propietarios tienen ahora verdaderamente la posibilidad de defenderse ante esa situación contraria a sus intereses?

En este sentido, creemos que debemos hacer referencia a dos situaciones particulares: los propietarios cuya propiedad inmobiliaria radica en una provincia o comunidad autónoma distinta a la de su residencia habitual; así como los denominados ausentes que se encuentran en el extranjero.

1. PROPIETARIOS CUYA PROPIEDAD RADICA EN PROVINCIA O COMUNIDAD AUTÓNOMA DISTINTA A LA DE SU RESIDENCIA HABITUAL

Debemos precisar que desde el pasado Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo (en adelante RD 514/2020)³⁹, solo estaban permitidos los desplazamientos entre territorios de una misma provincia, pero no fuera de ella. Por tanto, no era posible viajar a otras partes del territorio nacional, salvo que concurriese alguna de las excepciones previstas en su artículo tercero (motivos sanitarios, laborales, profesionales, etc.) Fuera de esos motivos, no se podía salir del territorio provincial.

Posteriormente, a partir del 8 de junio, algunas comunidades autónomas (en adelante CCAA), que ya se encontraban en la fase 3 de la desescalada, permitieron los viajes interprovinciales (caso de Andalucía, Aragón, Galicia...). Otras en cambio, como Madrid, Cataluña, la mayor parte de Castilla-

La Mancha, que continuaban en la fase 2, mantuvieron la prohibición de desplazamientos interprovinciales. Y no ha sido hasta este pasado 22 de junio, tal y como apuntaba el Real Decreto 555/2020 de 5 de junio (en adelante RD 555/2020)⁴⁰, cuando se ha permitido la libertad de desplazamiento en todo el territorio nacional. Hasta ese momento los desplazamientos entre CCAA estaban totalmente prohibidos.

Como hemos advertido anteriormente, el alzamiento de la suspensión de los plazos de prescripción se acordó a partir del jueves 4 de junio, lo cual nos hace plantearnos la siguiente cuestión: ¿Qué ocurre con aquellos propietarios cuya propiedad, que ha estado siendo objeto de usucapión, se encuentra en una provincia o CCAA distinta a aquella en la que tienen su residencia habitual, y a la que no les ha sido permitido viajar hasta este pasado lunes 22 de junio?

Obviamente, si no podían viajar fuera de sus CCAA, y en algunos casos, ni siquiera fuera de sus provincias, no han tenido la oportunidad de poder conocer esa posesión *ad usucapionem* contraria a sus intereses, y en consecuencia no han podido defenderse. Por esta razón, entendemos que respecto a ellos, además de los días en que los plazos de prescripción han quedado suspendidos, no deberían computarse a efectos de usucapión todos aquellos en los que el propietario no ha podido desplazarse hasta aquella parte del territorio nacional en que se encontraba su finca, y por ende de conocer esa situación contraria a sus intereses (es decir, los 18 días que van desde el pasado 4 de junio hasta el 22 de junio, en el que se han permitido nuevamente los viajes por todo el territorio nacional sin ningún tipo de limitación).

De lo contrario, el verdadero propietario resultaría claramente perjudicado pues, aún pudiendo acudir nuevamente a los tribunales para defender su derecho con el alzamiento de los plazos procesales, de nada le serviría esta posibilidad, si no ha tenido verdaderamente la oportunidad de conocer esa situación desplazándose fuera de su comunidad autónoma. Por tanto, los plazos de la usucapión jugarían en su contra desde el pasado 4 de junio.

2. AUSENTES QUE TIENEN SU RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO

Por otro lado, tenemos a los denominados ausentes que, a efectos de prescripción, son aquellos que residen en el extranjero (art. 1958 CC). ¿Qué ocurre con aquellos que se encuentran fuera del territorio nacional y que durante este tiempo no han podido volver al país?

La ausencia, solo juega a favor del usucapido a efectos de usucapión ordinaria, en el sentido de que el plazo necesario para usucapir un inmueble se amplía de 10 a 20 años. Por el contrario, en la usucapión extraordinaria,

no se distingue entre presentes o ausentes. El plazo necesario para usucapir es siempre de 30 años.

Según se dispuso en la Orden INT/401/2020, de 11 de mayo⁴¹ (prorrogado por la Orden SND/439/2020, de 23 de mayo⁴²) solo se permitía la entrada en territorio nacional a través de las fronteras interiores a las siguientes personas: a) Ciudadanos españoles; b) Residentes en España, que deberán acreditar su residencia habitual; c) Residentes en otros Estados miembros o Estados asociados Schengen que se dirijan a su lugar de residencia; d) Trabajadores transfronterizos; e) Profesionales sanitarios o del cuidado de mayores que se dirijan a ejercer su actividad laboral; f) Quienes vayan a permanecer en territorio español por cualquier otro motivo exclusivamente laboral, incluidos los trabajadores de temporada, siempre que se acredite documentalmente; g) Aquellas que acrediten documentalmente causas de fuerza mayor o situación de necesidad.

No ha sido hasta este pasado 22 de junio, una vez finalizado el estado de alarma, cuando se ha permitido la entrada en España de todos aquellos ciudadanos procedentes de los diversos países de la Unión Europea y del espacio Schengen. Todos, a excepción de Portugal que al igual que para el resto de países extracomunitarios, no se ha permitido la entrada hasta este pasado 1 de julio.

Esto quiere decir que el ciudadano español, que cuenta con una propiedad en nuestro territorio, y que ha sido objeto de usucapición, no ha tenido problemas durante este tiempo para poder regresar a España y darse cuenta de esa posesión *ad usucapionem*. Sin embargo, ¿qué ocurre con aquellos otros que también con una propiedad en territorio español, y que estaba siendo usucapida, no contaban ni con el requisito de la ciudadanía española ni con el de residente habitual?

En estos casos, y sin tener en cuenta las posibles restricciones de sus países de procedencia y el miedo que puede suponer el emprender un viaje a otro país en las actuales condiciones de incertidumbre en la que nos encontramos, hasta este pasado 22 de junio (si procedían de un estado miembro de la Unión) o hasta el pasado 1 de julio (si procedían de un estado extracomunitario), no han tenido la opción de entrar en territorio español y de poder conocer esa situación contraria a sus intereses, ni en consecuencia ejercitar la acción correspondiente para defender su derecho.

Por tanto, para el propietario que se ha encontrado en esta situación, y al igual que hemos concluido ya anteriormente para los casos de propietarios que no han podido desplazarse a otras provincias o comunidades autónomas, entendemos que también a los días en que han quedado suspendidos los plazos de prescripción por el estado de alarma, deben añadirse (a efectos del cómputo de la usucapición) todos aquellos en los que el propietario ha

tenido prohibido desplazarse a territorio español (hasta el pasado 22 de junio con carácter general).

Y debemos aclarar que ello alcanzaría no solo a efectos de la usucapión ordinaria, sino también a efectos de la extraordinaria, pues aunque, como ya hemos advertido anteriormente, en esta la ausencia no se tiene en cuenta, entendemos que una cosa es ausentarse por propia voluntad, y otra muy distinta ausentarse por imposición, sin dar la oportunidad de poder viajar y conocer la posesión que está poniendo en peligro mi propiedad. Es decir, si no tengo la posibilidad de conocer, no tengo la posibilidad de defenderme.

VI. UNA MIRADA AL PASADO: LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN DURANTE LA GUERRA CIVIL ESPAÑOLA

La conclusión a la que hemos llegado anteriormente de no computar a efectos de usucapión el plazo comprendido entre los días 4 y 22 de junio, para aquellas personas que no tenían garantizados el ejercicio de sus derechos, queda justificado si atendemos al precedente histórico vivido en nuestro país con la Guerra Civil española.

Como ponen de manifiesto autores como DÍEZ-PICAZO (DÍEZ-PICAZO, 2007, 1), DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, 2009, 14 y 15), aunque en nuestro Código no se recoge expresamente la suspensión de la prescripción con carácter genérico, no es una figura extraña en nuestro Derecho, habiendo ya sido utilizada, con anterioridad a este RD 463/2020, por alguna que otra ley especial.

Tal fue el caso de la Ley de 1 de abril de 1939⁴³, que acordó la suspensión, *ex lege* y con efecto retroactivo desde el día 17 de julio de 1936, de todos los plazos de prescripción, en atención a la Guerra Civil y a la imposibilidad o extraordinaria dificultad que por ello existía para el ejercicio de los derechos.

Así en el artículo primero de esta ley se disponía que «con efecto de retroacción al 17 de julio de 1936 se suspenden los plazos para la prescripción adquisitiva y extintiva de derechos y acciones, sean de índole civil o mercantil, en todos los casos en que por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios o adecuados, no haya sido posible desde entonces el ejercicio de los expresados derechos y acciones». La reanudación del tracto prescriptivo, según su artículo sexto, empezaría «para cada caso, desde el día en que se halle en territorio liberado la persona que sin la suspensión hubiese sido perjudicada por su transcurso

y cuente con los medios de justificación suficientes para hacer valer su derecho o su acción».

Como vemos, en esta ley se acordaba expresamente la suspensión de los plazos de usucapión debido a la imposibilidad o extraordinaria dificultad de la persona perjudicada para poder defender su derecho durante la Guerra Civil española.

Por ello, se preveía en la ley que dicha suspensión seguiría vigente, atendiendo a cada caso, hasta que la persona en cuestión se encontrara en zona liberada y tuviera asegurado su derecho a ejercer las correspondientes acciones.

Sobre esto, podemos encontrar numerosas sentencias del TS⁴⁴ en las que, con aplicación de la Ley de 1 de abril de 1939, se acordaba la suspensión de la prescripción adquisitiva, al no quedar garantizada la posibilidad de los verdaderos propietarios de poder defender sus derechos, ejerciendo las correspondientes acciones recuperatorias.

De especial interés resulta la STS de 12 de abril de 1951⁴⁵. En este caso D. Everardo resultó fallecido el día 19 de julio de 1932 en estado de viudo y sin herederos forzosos, por lo que se tramitó expediente de declaración de herederos por el Juzgado de Primera Instancia de Cieza, dictándose auto en 27 de febrero de 1933, que declaraba vacante la herencia y heredero al Estado. No obstante, antes de su muerte, D. Everardo había reconocido a D. Alexis (demandante) como hijo natural suyo mediante actos y frases que no permitían la más leve duda, pero la situación político-social vivida en España en aquellos años, impidió a D. Alexis ejercitar las oportunas acciones ante los tribunales y recuperar su posición de heredero de D. Everardo. Con fecha 25 de enero de 1943, D. Alexis presentó una demanda contra el Estado, el Ministerio Fiscal y las personas que se creyeran con derecho a la herencia de D. Everardo. Frente a ello alegó el Estado principalmente que habían transcurrido diez años y diez días desde la muerte de D. Everardo hasta el 28 de julio de 1942, fecha en la que D. Alexis acudió al Ministerio de Hacienda pretendiendo su reconocimiento como hijo natural y la entrega de la herencia; y que durante todo este tiempo había estado poseyendo los bienes de manera ininterrumpida, alegando adquisición por prescripción adquisitiva.

El Juzgado de Primera Instancia sentenció que *«en el periodo de tiempo transcurrido durante la época en que el Estado había poseído los bienes que pretendía usucapir, figuraba dicho periodo desde el 17 de julio de 1936 al 1 de abril de 1939 durante el cual no transcurrieron los términos para la prescripción adquisitiva, ni para la prescripción de créditos contra el Estado, a tenor de las leyes de 1 de abril de 1939 y 13 de julio de 1940; que los pocos medios que podía utilizar el Sr. Alexis, que permaneció durante el indicado periodo de tiempo en zona roja, para ejercitar su acción, hubieran sido el testimonio*

de sacerdotes, funcionarios públicos y otras personas que durante esa época estuvieron sufriendo cautiverio o permanecieron escondidas en defensa de su vida seriamente amenazada, o que se encontraban en zona nacional; que para que existiese la adquisición de bienes por usucapión por parte del Estado, debería ser computable el tiempo no solo de la época comprendida entre el 17 de julio de 1936 y 1 de abril de 1939, sino la contenida entre las fechas del fallecimiento del Sr. Everardo y la cual en que real y legalmente se posesionó el Estado de los bienes; [...] que el Estado había poseído públicamente y en concepto de dueño los bienes que constituían la herencia de D. Everardo, desde el 8 de mayo de 1933, en que se le dio posesión de dichos bienes, según constaba en la certificación librada por el secretario del Juzgado de Primera Instancia de Cieza, en dicha fecha acompañada a la contestación a la demanda, hasta la de 17 de julio de 1936 y desde el 1 de abril de 1939 hasta el 28 de julio de 1942, o sea, en total, seis años, seis meses y siete días, que aun computándole incorrectamente el tiempo comprendido entre el fallecimiento y la toma de posesión de los bienes, la posesión pública y a título de dueño por parte del Estado sería desde el 19 de julio de 1932 al 17 de julio de 1936, y desde el 1 de abril de 1939 al 28 de julio de 1942, o sea, en total, siete años, cuatro meses y veintiocho días, y, por lo tanto, en ninguno de ambos supuestos habían transcurrido los diez años necesarios para la adquisición de los bienes por usucapión».

La Audiencia Provincial de Albacete, y posteriormente el Tribunal Supremo, vinieron a ratificar la decisión adoptada por el Juez de Primera Instancia, entendiendo efectivamente que la situación en la que se encontraba D. Alexis, entraba dentro de la *ratio* o fundamento de la Ley de 1 de abril de 1939⁴⁶, y que por ello el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 1 de abril de 1939 no debía computarse a efectos de prescripción adquisitiva a favor del Estado, no cumpliendo este por tanto el plazo necesario para adquirir la propiedad.

El mismo criterio sigue el Alto Tribunal en STS de 8 de marzo de 1956⁴⁷, en la que afirma que *«es obvio que el demandado se mantuvo en esa posesión durante diez años, un mes y catorce días, descontando el tiempo de guerra en Madrid, desde el 17 de julio de 1936, al 28 de marzo de 1939, con arreglo al artículo primero de la Ley de 1 de abril de 1939, por no ser este caso de los comprendidos en el artículo sexto de la misma Ley, y por tanto adquirió ese dominio por usucapión»*. Es decir, en este caso, en el que el Tribunal Supremo reconoce al demandado haber adquirido por usucapión la finca en cuestión, descuenta del cómputo *ad usucapionem* el periodo de guerra comprendido del 17 de julio de 1936 al 28 de marzo de 1939, por ser de aplicación el supuesto de hecho de la Ley de 1 de abril de 1939.

Como podemos observar, son supuestos en los que el Tribunal Supremo deja de computar a efectos de prescripción adquisitiva, todos aquellos

plazos en los que entiendo no garantizada la posibilidad de los verdaderos propietarios de poder accionar y defender sus derechos.

Y aunque en el RD 463/2020, no se recoge de forma expresa la suspensión de los plazos de prescripción adquisitiva, como sí se hace en la ley de 1 de abril de 1939, las decisiones adoptadas en su día por el Tribunal Supremo en un contexto similar a la situación actual, desde el punto de vista de la imposibilidad de defensa del verdadero propietario, nos debe llevar efectivamente a la conclusión, como ya hemos advertido anteriormente, de que además de entender incluida la prescripción adquisitiva entre los plazos suspendidos por la disposición 4.^a RD 463/2020, consecuencia del estado de alarma, debemos entender excluidos a efectos de cómputo de la usucapión, todos aquellos días en que los propietarios por la complicada situación, han tenido muy difícil o prácticamente imposible ejercitar las correspondientes acciones recuperatorias de sus derechos.

VII. CÓMPUTO DEL PLAZO TRAS EL ALZAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

Como ya hemos advertido anteriormente, a través del RD 463/2020 se acordó la suspensión, que no interrupción, de los plazos de prescripción. Habiendo ya tratado al inicio de este trabajo las diferencias entre una y otra, recordamos que la suspensión supone reiniciar el cómputo del plazo justo por donde este se había quedado cuando acaeció la causa suspensiva.

De conformidad con el RD 537/2020, desde el pasado 4 de junio se acordó el alzamiento de la suspensión de los plazos de prescripción. ¿Cómo debemos proceder para realizar el cómputo de los plazos suspendidos?

Si atendemos a lo estipulado en el artículo 5 del Código civil, podemos decir que los plazos de prescripción han quedado suspendidos, con carácter general, 82 días naturales. Es decir, desde el 14 de marzo de 2020, en el que se decretó el estado de alarma, hasta el 3 de junio de 2020.

El CGPJ, a raíz de la suspensión de los plazos procesales y sustantivos (prescripción y caducidad) acordada en las disposiciones 2.^a y 4.^a del RD 463/2020, consciente de la discusión doctrinal que se generaría acerca de las reglas de cómputo de los referidos plazos, una vez cesado el estado de alarma el día 20 de abril, realizó una propuesta al Ministerio de Justicia de medidas urgentes para su inclusión en el Real Decreto Ley (en adelante RDL) de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁴⁸.

De esta forma, respecto a los plazos de prescripción y caducidad, ofrecía una solución en el párrafo 4.º de la primera propuesta, que básicamente nos venía a decir que, respecto de los plazos fijados por meses o años (como

son los de usucapión), una vez finalizado el plazo ordinario previsto en la ley, deberían sumarse los días naturales en los cuales este quedó suspendido durante el estado de alarma⁴⁹. Sin embargo, la propuesta realizada por el CGPJ no fue atendida por el Ministerio de Justicia, y en el RDL 16/2020 de 28 de abril⁵⁰, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, parece optarse por una solución completamente opuesta: el reinicio de los plazos. Así se desprende de la lectura del artículo 2 del citado RDL.

Sin embargo, en dicho artículo, solo se hace referencia a los plazos previstos en leyes procesales, no haciéndose alusión alguna acerca de cómo deben computarse aquellos otros que se encuentran recogidos en textos como, por ejemplo, el Código civil o la Ley Hipotecaria (y que son los que hemos tratado en este trabajo). Desde luego que el reinicio de los plazos, en relación con la prescripción adquisitiva, no parece la opción más correcta (imagínemos una persona que lleva usucapiendo el derecho de propiedad durante 25 años, y alzada la suspensión tuviera que comenzar desde el principio).

De ahí que entendamos que la propuesta realizada por el CGPJ es la más acertada, llevándonos a concluir que a partir del 4 de junio se reiniciarían tanto los plazos de prescripción extintiva como los de prescripción adquisitiva, debiéndosele sumar todos los días naturales que los mismos quedaron suspendidos, es decir, 82⁵¹. Ahora bien, como ya explicábamos anteriormente, esto será para todos aquellos propietarios que a partir de la suspensión de los plazos procesales no han tenido problema alguno para poder defender sus derechos.

Sin embargo, para aquellos otros que no han podido hacerlo, por las razones antes comentadas (propietarios cuya propiedad radica en una provincia o comunidad autónoma distinta a la de su residencia habitual, y a la que no han podido desplazarse; y los ausentes con residencia en el extranjero), además de esos 82 días de suspensión, deberían dejar de computarse a efectos de usucapión todos aquellos en los que los propietarios no han tenido asegurado su derecho de defensa. Y esto, como hemos argumentado, no porque no hayan podido acudir en este tiempo a los Tribunales, sino porque al tener limitado su derecho a la libre circulación, no han tenido verdaderamente la posibilidad de conocer la situación contraria a sus intereses, no sirviéndole para nada, en consecuencia, la posibilidad de ejercitar las correspondientes acciones.

VIII. CONCLUSIONES

Realizado todo este análisis acerca de cómo la pandemia del COVID-19 y la declaración del estado de alarma han podido influir en materia de usucapión inmobiliaria en nuestro país, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

I. Aunque durante el estado de alarma el usucapiente ha seguido conservando una posesión *ad usucapionem*, la suspensión acordada en la disposición 4.^a del RD 463/2020, iba referida no solamente a los plazos de prescripción extintiva, sino también a los plazos de prescripción adquisitiva (usucapión), pues ambas son dos caras de una misma moneda. De lo contrario, el usucapido se habría visto gravemente perjudicado, pues durante el estado de alarma, con la suspensión de los plazos procesales y las dificultades a la hora de poder desplazarse, no tenía la oportunidad de defenderse y ejercer las correspondientes acciones recuperatorias.

II. El alzamiento de la suspensión de los plazos de prescripción se produjo el pasado 4 de junio de 2020, volviéndose a reanudar los mismos justo por donde estos se habían quedado cuando se decretó el estado de alarma.

III. Respecto al cómputo de los plazos tras el alzamiento de la suspensión, entendemos que la forma más acertada de hacerlo es la propuesta en su día por el CGPJ, según la cual, en los plazos computados de fecha a fecha, una vez finalizados los plazos ordinarios fijados en la ley, deberán sumarse todos los días naturales en que quedaron suspendidos. En este caso, desde el 14 de marzo hasta el 4 de junio de 2020, serían 82 días naturales los que habría que añadir.

IV. Para los propietarios que, tras el alzamiento de la suspensión a partir del 4 de junio, han seguido teniendo prohibido el desplazamiento hacia alguna zona del territorio nacional en la que se encontraba enclavada su propiedad (propietarios cuya finca se encontraba en una provincia o comunidad autónoma distinta a la de su residencia; y ausentes extranjeros), entendemos que, además de los días naturales en que quedaron suspendidos los plazos de prescripción, deben entenderse excluidos a efectos del cómputo de usucapión, todos aquellos en los que no han tenido verdaderamente la oportunidad de defenderse, basándonos para ello en los precedentes históricos del Tribunal Supremo durante las épocas de la guerra civil y la posguerra española.

Y hablamos de imposibilidad de defensa, porque aún a fecha de la redacción del presente trabajo, debido a los diversos rebrotes surgidos a lo largo de todo el país, sigue habiendo personas que tienen limitado su derecho a la libre circulación, no pudiendo, en consecuencia, desplazarse a aquellos territorios en los que se encuentran sus propiedades. Y aunque desde el pasado 4 de junio se acordó el alzamiento de los plazos procesales, ¿de qué le sirve a estos propietarios la opción de acudir a los tribunales, si no tienen verdaderamente la oportunidad de conocer la lesión de sus derechos?

Cosa distinta es que antes de la declaración del estado de alarma, el propietario ya tuviera conocimiento de la invasión de su propiedad. En cuanto se decretó el alzamiento de los plazos procesales, ha tenido la oportunidad de acudir a los tribunales y defenderse. Pero si no conocía esa situación, y tampoco tiene ahora la posibilidad de poder hacerlo, al tener limitado su derecho a la libre circulación, de nada le sirve la posibilidad de ejercitar las correspondientes acciones.

Por ello, repetimos, respecto a estos propietarios, además de los días naturales en que quedaron suspendidos los plazos de prescripción, deben entenderse excluidos a efectos del cómputo de usucapión, todos aquellos en los que no han tenido verdaderamente la oportunidad de defenderse.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 12 de abril de 1951 [Roj: STS 716/1951]
- STS de 8 de marzo de 1956 [Roj: STS 166, 1956]
- STS de 28 de enero de 1983 [*RJ* 1983, 393]
- STS de 30 de marzo de 1983 [*RJ* 1983, 1653]
- STS de 22 de septiembre de 1984 [*RJ* 1984, 4302]
- STS de 29 de abril de 1987 [*RJ* 1987, 2731]
- STS de 3 de junio de 1993 [*RJ* 1993, 4385]
- STS de 16 de noviembre de 1994 [*RJ* 1994, 8840]
- STS de 30 de diciembre de 1994 [*RJ* 1994, 10592]
- STS de 25 de enero de 2000 [*RJ* 2000, 349]
- STS de 17 de mayo de 2002 [*RJ* 2002, 5343]
- STS de 29 de mayo de 2006 [*RJ* 2006, 3345]
- STS de 28 de diciembre de 2006 [*RJ* 2006, 9609]
- STS de 29 de marzo de 2010 [*RJ* 2010, 4351]
- STS de 30 de diciembre de 2010 [*RJ* 2011, 1788]
- STS de 11 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 10117]
- STS de 19 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 1246]
- STS de 21 de enero de 2016 [*RJ* 2016, 318]

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ de Navarra de 20 de enero 2006 [*AS* 2006, 1083]

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

- Instrucción de 28 de mayo de 2020 de la DGSJFP [BOE-A-2020-5475]
- RDGSJyFP de 11 de junio de 2020, Disponible en: <https://www.notariasyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/06/Resoluci%C3%B3n-consulta-plazos-11-06-2020.pdf>

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO

- Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos previstos por el RD 463/2020. Interpretación de la disposición adicional tercera. Disponible en: <https://www.arpa.es/wp-content/uploads/2020/03/AE%C2%BA-Consulta-20-03-2020-termino-plazo-suspensi%C3%B3n.pdf>

X. BIBLIOGRAFÍA

- ALAS, L., DE BUEN, D., y RAMOS, E.R. (1916). *De la Usucapión*, Madrid: Imprenta Ibérica de E. Maestre.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1990). La prescripción de la acción reivindicatoria. *ADC*, núm. 1, 25-57.
- (2004). *La usucapión*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- (1964). *Instituciones de Derecho civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Barcelona: Bosch.
- CALVO MEIJIDE, A. (2000). Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria. *Actualidad Civil*, núm. 1, 127-155.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2020). *Aspectos jurídicos del coronavirus*, Madrid: Reus.
- CUENA CASAS, M. (2016). Comentario a los artículos 441-460. En: Ana Cañizares Laso y Pedro de Pablo Contreras (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. I, 2.^a ed., Navarra: Civitas (1816-1820; 1878-1883).
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2015). *Curso de Derecho civil*, vol. I, Madrid: Colex.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, 4.^o ed., Madrid: Civitas.
- (2007). Diferencias entre prescripción y caducidad. En: *La prescripción extintiva. Estudios y comentarios legislativos*, Civitas, [BIB 2007\3309], consultado en <https://www.thomsonreuters.es>.
- (2007). Interrupción de la prescripción y figuras afines. En: *La prescripción extintiva. Estudios y comentarios legislativos*, Civitas, [BIB 2007\3312], consultado en <https://www.thomsonreuters.es>.
- (1989). Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. En *Libro homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia: Universidad de Murcia, (221 y sigs.).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2009). La prescripción en los PECL y en el DCFR. *Revista para el análisis del derecho*, n.º 3 [en línea], disponible en: <https://indret.com/la-prescripcion-en-los-pecl-y-en-el-dcfr/>
- ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M. (1950). *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, t. I, Barcelona: Bosch.

- ESPÍN CANOVAS, D. (1968). Función del justo título en la adquisición de derecho por Usucapión. *Revista de derecho privado*, t. LII, 833-841.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 36 LH. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, vol. 4.º, t. VII [VLEX-231980], versión electrónica consultada en la base de datos Vlex.
- GARCÍA VALDECASAS, G. (1953). *La posesión*, Granada.
- GONZÁLEZ PACANOWSCA, I. (1993). Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión mortis causa. *ADC*, núm. 4, 1899-1922.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2009). El justo título para usucapir. *RCDI*, núm. 711, 492-497.
- (2016). La posesión en concepto de dueño como base de la usucapión extraordinaria. *RCDI*, núm. 757, 2869-2883.
- HERNÁNDEZ-GIL, A. (1980). *La posesión*. Madrid: Civitas.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2005). *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. III, Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Diario La Ley*, núm. 8699, sección doctrina [LA LEY 420/2016], consultado en <https://www.wolterskluwer.es>.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. (1995). Voz: Justo título. *Enciclopedia jurídica básica*, III, Madrid.
- MORALES MORENO, A.M. (1971). La inscripción y el justo título de usucapión. *ADC*, n.º 4, 1123-1142.
- (2000). La usucapión. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 175-204.
- (1972). *Posesión y Usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la Usucapión en el Código civil Español*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- ROCA SASTRE, R.M. (1968). *Derecho hipotecario*, t. II, 6 ed., Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1979). *Derecho hipotecario*, t. II, 7 ed., Barcelona: Bosch.
- PANIZA FULLANA, A. (2015). Buena fe y usucapión: la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 5, 153-163.
- PUIG BRUTAU, J. (1986). *Caducidad y prescripción extintiva*. Barcelona: Bosch.
- (1996). *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*. 3.ª ed., Barcelona: Bosch.
- SANCINENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión inmobiliaria*. Pamplona: Aranzadi.
- (2014). La relación entre prescripción extintiva y adquisitiva: propiedad y herencia. En: *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, (514-525).
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid: Reus.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1998). *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*. Madrid: Dykinson.
- (2001). Tipología del Justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente. *ADC*, núm. 2, 547-680.

- (2000) ¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia del 17 de julio de 1999). en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* n.º 2 [LA LEY 22994/2001], consultado en <https://www.wolterskluwer.es>.

NOTAS

¹ Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3692>

² *Vid.* en este sentido STS de 28 de enero de 1983 [RJ 1983, 393].

³ Así lo expresa, por ejemplo, PUIG BRUTAU, J. (1996). *Caducidad y prescripción extintiva*, 3.ª ed., Barcelona: Bosch, 33: «La prescripción afecta a derechos que han nacido con vida en principio ilimitada y solo por su inactividad durante un plazo bastante prolongado, pueden quedar extinguidos. Pero este resultado no se producirá nunca automáticamente ni podrá apreciarse de oficio, sino en virtud de la excepción que, pasado dicho plazo, la Ley concede a la parte obligada».

⁴ *Ibidem*, 57.

⁵ *Vid.* en este sentido STS de 29 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3345]. También la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (en adelante STSJN) de 20 de enero de 2006 [AS 2006, 1083].

⁶ Como dice CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2020). *Aspectos jurídicos del coronavirus*, Madrid: Reus, 237-238, «la interrupción supone la anulación del plazo transcurrido, de modo que, tras la interrupción, el plazo vuelve a computarse por completo desde el principio (desde cero). Podría decirse, en términos informáticos, que el plazo, una vez interrumpido, se reinicia; o, en términos coloquiales, que se produce “borrón y cuenta nueva”».

⁷ Así lo manifiesta por ejemplo PUIG BRUTAU, J. (1986). *Caducidad y prescripción extintiva*. Barcelona: Bosch, 105 y 106. Para ENNECCERUS, L., KIPP, T., y WOLFF, M. (1950). *Tratado de Derecho Civil*. Parte General, t. I, Barcelona: Bosch, 523, «la suspensión se funda en que no debe contarse dentro del plazo de prescripción el tiempo durante el cual el titular no puede demandar o al menos no puede exigírsele que deduzca su acción».

⁸ A esta misma conclusión llega la Abogacía del Estado en su informe sobre la disposición adicional tercera del RD 463/2020, afirmando que «el sentido del apartado 1 de la disposición adicional tercera del RD 463/2020 es el de establecer que los plazos procedimentales a los que se refiere quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el periodo que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan” pero no se “reinician”». Puede consultarse en: <https://www.arpa.es/wp-content/uploads/2020/03/AE%C2%BA-Consulta-20-03-2020-termino-plazo-suspensi%C3%B3n.pdf>

⁹ *Vid.* STS de 30 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1653]. En el mismo sentido puede verse la anteriormente citada STSJN de 20 de enero de 2006 [AS 2006, 1083].

¹⁰ En este sentido MORALES MORENO, A.M. (2000). La usucapión. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 176.

¹¹ Para profundizar más sobre este tema véase MORALES MORENO, A.M. (1972). *Posesión y Usucapión...*, cit., 84 y sigs.; HERNÁNDEZ-GIL, A. (1980). *La posesión*. Madrid: Civitas, 523; MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. (1995). Voz: Justo título. *Enciclopedia jurídica básica*, III, Madrid, 3904; GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2009). El justo título para Usucapir. *RCDI*, núm. 711, 492 y sigs.; GONZALEZ PACANOWSCA, I. (1993). Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión *mortis*

causa. ADC, núm. 4, 1899 y sigs.; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). Tipología del Justo título en la usucapión. Crónica de una cuestión pendiente. ADC, núm. 2, 547-680.

¹² Para profundizar más en este tema véase MORALES MORENO, A.M. (1971). La inscripción y el justo título de usucapión. ADC, n.º 4, 1133 y sigs.; PANIZA FULLANA, A. (2015). Buena fe y usucapión: la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, 153-163; ESPÍN CANOVAS, D. (1968). Función del justo título en la adquisición de derecho por Usucapión. *Revista de derecho privado*, t. LII, 834- 836; YZQUIERDO TOLSADA, M. (2000). (2000) ¿Usucapión de cosa propia? El más difícil todavía del Tribunal Supremo (o la asombrosa sentencia del 17 de julio de 1999). en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, [LA LEY 22994/2001], consultado en <https://www.wolterskluwer.es>, 5 y sigs.

¹³ MORALES MORENO, A.M. (1972). *Posesión y Usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la Usucapión en el Código civil Español*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 76; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). *La usucapión*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 58 y sigs.; GOÑI RODRIGUEZ DE ALMEIDA, M. (2016). La posesión en concepto de dueño como base de la usucapión extraordinaria. *RCDI*, núm. 757, 2873.

¹⁴ Pueden verse en este sentido SANCINENA ASURMENDI, C. (2009). *La usucapión Inmobiliaria*. Pamplona: Aranzadi, 61; CALVO MEIJIDE, A. (2000). Reflexiones sobre la usucapión y la protección registral del tercero hipotecario. Comentarios al artículo 36 de la Ley Hipotecaria. *Actualidad Civil*, núm. 1, 129. También STS de 30 de diciembre de 1994 [RJ 1994, 10592]; STS de 17 de mayo de 2002 [RJ 2002, 5343]; y STS de 30 de diciembre de 2010 [RJ 2011, 1788].

¹⁵ STS de 22 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4302].

¹⁶ STS de 3 de junio de 1993 [RJ 1993, 4385].

¹⁷ En este sentido ALAS, L., DE BUEN, D., y RAMOS, E.R. (1916). *De la Usucapión*, Madrid: Imprenta Ibérica de E. Maestre, 170.

¹⁸ En el mismo sentido MORALES MORENO, A.M. (1972). *Posesión...*, cit., 166.

¹⁹ Así lo entiende MORALES MORENO, A.M. (1972). *Posesión...*, cit., 172.

²⁰ Señalamos entre otros a MORALES MORENO, A.M. (1972). *Posesión...*, cit., 175; y CUENA CASAS, M. (2016). Comentario a los artículos 441-460. En: Ana Cañizares Laso y Pedro de Pablo Contreras (dir.), *Comentarios al Código civil*, t. I, 2.ª ed., Navarra: Civitas, 1819 y 1882.

²¹ En contra de esta teoría, encontramos a autores como GARCÍA VALDECASAS, G. (1953). *La posesión*, Granada, 30; DíEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, 4.º ed., Madrid: Civitas, 635 y 636; y ALBALADEJO GARCÍA, M. (1964). *Instituciones de Derecho civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Barcelona: Bosch, 116-117. Para estos autores la posesión del despojante, aunque se haya adquirido con violencia, cuenta desde el principio y no desde que haya transcurrido el año al que hace referencia el artículo 460.4.º del Código civil.

²² STS de 16 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8840].

²³ STS de 25 de enero de 2000 [RJ 2000, 349].

²⁴ STS de 29 de marzo de 2010 [RJ 2010, 4351].

²⁵ Tal y como pone de manifiesto MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2016). El acto de conciliación en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria. *Diario La Ley*, núm. 8699, sección doctrina [LA LEY 420/2016], consultado en <https://www.wolterskluwer.es>, 5, con la nueva ley de jurisdicción voluntaria «la presentación con ulterior admisión de la solicitud de conciliación interrumpirá la prescripción desde el momento en que se produzca aquella. Sin embargo, el plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del letrado de la Administración de Justicia o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente (art. 143 LJV [LA LEY 11105/2015]); remisión que pese a tratarse de una novedad legal ya se reconocía por la jurisprudencia aunque desde la fecha en que se terminaba la conciliación sin avenencia».

²⁶ Así autores como LACRUZ BERDEJO, J.L. (2005). *Elementos de Derecho civil*, t. I, vol. III, Madrid: Dykinson, 338; YZQUIERDO TOLSADA, M. (1998). *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*. Madrid: Dykinson, 65; ALBALADEJO GARCÍA, M. (1990). La prescripción de la acción reivindicatoria. *ADC*, núm. 1, 48 y sigs.; entienden a grandes rasgos que, aunque no se use la propiedad, mientras nadie la perturbe, la acción reivindicatoria no nace. Sin embargo, si alguien la perturba, aunque no sea con *animus domini*, el plazo de prescripción de la acción comenzaría a computarse. Es decir, separan los plazos de prescripción extintiva y de usucapión.

²⁷ *Vid.* también en el mismo sentido DE PABLO CONTRERAS, P. (2015). *Curso de Derecho civil*, vol. I, Madrid: Colex, 304.

²⁸ STS de 19 de noviembre de 2012 [*RJ* 2013, 1246].

²⁹ No obstante, el Tribunal Supremo en un primer momento, como puede desprenderse por ejemplo de las STS de 29 de abril de 1987 [*RJ* 1987, 2731] y STS de 28 de diciembre de 2006 [*RJ* 2006, 9609], parecía decantarse por la autonomía de la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria. «El artículo 1963 del Código civil opera sin perjuicio de lo establecido para la usucapión, y así de haberse consumado la usucapión entre presentes o ausentes la acción quedaría extinguida antes del transcurso de los treinta años que establece el precepto».

El artículo 1963 distingue la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles de la pérdida del dominio por consecuencia de la usucapión consumada, puesto que coexisten ambos supuestos, tratando el referido artículo de la prescripción de las acciones que perecen por el transcurso del tiempo sin su ejercicio y entre las mismas ha de incluirse la acción reivindicatoria al resultar precepto en el que la prescripción se enuncia en términos generales, presentándose como efecto distinguible, separable y autónomo la pérdida inmediata del dominio que tiene lugar a través de la usucapión».

³⁰ STS de 11 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 10117].

³¹ STS de 29 de marzo de 2010 [*RJ* 2010, 4351]. En el mismo sentido se pronuncia SANCICEÑA ASURMENDI, C. (2014). La relación entre prescripción extintiva y adquisitiva: propiedad y herencia. En: *La prescripción extintiva*, XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, 522-523.

³² STS de 16 de noviembre de 1994 [*RJ* 1994, 8840]. Se discute «la procedencia o no del resarcimiento y pago del valor correspondiente y beneficios dejados de percibir, respecto a los veinte depósitos desaparecidos de alhajas, que expresan los correspondientes recibos de fecha 8 de septiembre de 1937 y que constituyó en las oficinas centrales de Madrid del «Banco de España», don Alejandro G.A., fallecido y padre del que recurre, que actúa para sí y la comunidad hereditaria del referido causante-depositante».

Dicho depósito fue impuesto por el Decreto 6 de agosto de 1937, en relación a la Orden Ministerial de fecha 18 siguiente, que obligó a todos los ciudadanos a la entrega de toda clase de piedras, metales preciosos, perlas y alhajas que tuvieran en su poder, con la sanción de reputar la detención de los mismos como constitutiva de la comisión de delito de contrabando, a más de las responsabilidades políticas por desobediencia al Gobierno y desafección al régimen de la República».

³³ STS de 25 de enero de 2000 [*RJ* 2000, 349]. En este caso, la cuestión litigiosa se centraba principalmente en la reivindicación ejercitada sobre una casa, donde se ubicaba el Casino de Artesanos de Muxía, que fue incautada el 15 de agosto de 1936 en virtud de Decreto del delegado civil del municipio de Muxía, siendo utilizado, entre otros usos, como comedor de auxilio social, hasta que, aproximadamente en el año 1950, fue abandonado por los incautadores, no devolviéndose el inmueble a sus legítimos propietarios. Más tarde de la indicada dejación, durante la década de 1950, empezó a ser detenida por D. Manuel, padre de uno de los codemandados.

Habida cuenta de que el edificio no fue reintegrado a sus legítimos propietarios, la cuestión estriba en determinar si la acción reivindicatoria pudo ser utilizada por los dueños del inmueble, no solo en el ciclo de la guerra civil, sino después, durante la per-

manencia del régimen político instaurado en España, entendiendo el Alto Tribunal que sí, puesto que desde la reseñada fecha de la publicación de la Constitución Española hasta la de la presentación de la demanda, que tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia Decano de Corcubión el día 2 de julio de 1991, no había transcurrido el tiempo determinado en el artículo 1963 del Código civil para la prescripción de las acciones reales.

³⁴ Respecto a ello, apuntamos que ha habido mucha discusión doctrinal acerca de si el cómputo del año debe comenzar a contarse desde el momento de la adquisición del tercero, o desde el momento en que se practica la inscripción. A favor de esto último, encontramos a SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. I, Madrid: Reus, 554, para quien el cómputo del plazo del año se produce a partir de la inscripción del tercero. En cambio, ROCA SASTRE, R.M. (1968). *Derecho hipotecario*, t. II, 6 ed., Barcelona: Bosch, 39, entiende que el plazo del año se cuenta desde el otorgamiento de la escritura pública y no desde la inscripción.

En este sentido consideramos muy acertada la opinión de GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 36 LH. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, vol. 4.º, t. VII [VLEX-231980], versión electrónica consultada en la base de datos Vlex, 30, según el cual «el apartado b) del artículo 36 alude de modo terminante al adquirente inscrito como sujeto que ha de consentir o interrumpir, pues dice que «el adquirente inscrito la consienta durante todo el año siguiente a la adquisición». Esto significa que no basta el cómputo a partir de la escritura pública, sino que ha de ser mientras el tercero sea tal, es decir, «adquirente inscrito». Y como mientras no inscriba no es «adquirente inscrito», es necesario que se cumplan dos requisitos: la adquisición en escritura pública y la adquisición a non domino a través de la inscripción».

³⁵ Instrucción de 28 de mayo de 2020 de la DGSJFP [BOE-A-2020-5475] sobre levantamiento de la suspensión de plazos administrativos, que puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2020/BOE-A-2020-5475-consolidado.pdf>

³⁶ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5895>

³⁷ Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/wp-content/uploads/2020/06/Resoluci%C3%B3n-consulta-plazos-11-06-2020.pdf>

³⁸ Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5243>

³⁹ Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4902>

⁴⁰ Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5767>

⁴¹ Puede verse en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4929

⁴² Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-5264#:~:text=Orden%20SND%2F439%2F2020%2C,Publicado%20en%3A&text=146%2C%20de%2023%2F05%2F2020.>

⁴³ Ley de 1 de abril de 1939 sobre suspensión de los términos prescriptivos en los órdenes Civil, Mercantil, Hipotecario de caducidad de instancia, Administrativo y Penal.

⁴⁴ STS de 12 de abril de 1951 [Roj: STS 716/1951]; 29 de enero de 1952 [STS Roj: 725, 1952]; 8 de marzo de 1956 [Roj: STS 166, 1956].

⁴⁵ STS de 12 de abril de 1951 [Roj: STS 716/1951].

⁴⁶ Como se establece textualmente en la propia sentencia, el fundamento o ratio de la ley de 1 de abril de 1939 «trata en primer lugar del tiempo, el espacio (división en zonas) y la fortitudad (imposibilidad de accionar) como elementos de poderosa inercia en los institutos jurídicos, añadiendo que con estos últimos elementos favorables a la adversidad, el tiempo coadyuvaría dolosamente destruyendo actividades y creando y consolidando derechos apócrifos, si el legislador no le pusiese esto por medio de su intención a los efectos» legales. A continuación de la exposición de motivos consigna textualmente: «Se suspenden los términos de la prescripción adquisitiva para que no caduquen derechos de titulares legítimos por hechos de reproble irregularidad».

⁴⁷ STS de 8 de marzo de 1956 [Roj: STS 166, 1956]. En este caso, el demandado, por subasta judicial, había adquirido el 11 de junio de 1935 la finca de la que hasta ese

momento había sido su administrador, pasando a poseer en concepto de dueño. El actor vino a reclamar parte de esa finca, considerándola de su propiedad.

⁴⁸ Puede verse en: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/PROPUESTA%20DE%20MEDIDAS%20URGENTES%20PARA%20SU%20INCLUSI%C3%93N%20EN%20REAL%20DECRETO-LEY.pdf>

⁴⁹ Relacionado con ello podemos ver la STS de 21 de enero de 2016 [*RJ* 2016, 318], en el que un procedimiento, iniciado el 17 de febrero de 2010 por la administración contra Aguas de Telde, quedó suspendido por resolución de 6 de abril de 2010 (cuando restaban 11 días para que finalizase el plazo de 2 meses), al solicitarse información adicional a Red Eléctrica de España, que fue aportada el 22 de junio de 2010, momento en el cual quedó alzada la suspensión. El 30 de junio de 2010 la administración dictó resolución, notificándose a la sociedad recurrente el 5 de julio de 2010. En el momento de la notificación, habían transcurrido más de 11 días desde que se acordó el alzamiento de la suspensión, considerando por tanto el Tribunal Supremo que el procedimiento había caducado.

⁵⁰ Puede verse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4705>

⁵¹ Esta es también la solución seguida por la DGSJFP, en su anteriormente mencionada resolución de 11 de junio de 2020, que, en relación al cómputo del plazo de la anotación preventiva tras acordarse el alzamiento de su suspensión por el RDL 21/2020 de 9 de junio, fijaba que habrían de sumarse los 88 días en los que había quedado suspendido el cómputo de los plazos registrales. Es decir, todos los días transcurridos desde el 14 de marzo (fecha en que se acordó la suspensión) hasta el 9 de junio (fecha en que se alzó), ambos inclusive.

*Trabajo recibido el 22-9-2020 y aceptado
para su publicación el 15-1-2021*

DERECHO COMPARADO

Revisión contractual, emergencia sanitaria y «COVID-19» desde la óptica del derecho argentino

Contractual revision, health emergency and «COVID-19» from the point of view of argentine law

por

MAURICIO BORETTO
*Abogado - Doctor en Derecho
Profesor Universitario*

RESUMEN: La crisis producida por el COVID-19, trajo consigo la declaración de emergencia sanitaria en virtud de la cual, los distintos Estados, impusieron un aislamiento social y preventivo —llamado «cuarentena» o «confinamiento»— que produjo importantes efectos en las distintas relaciones humanas, sea de índole económica, social, cultural y, por supuesto, jurídicas. Así las cosas, con el presente trabajo, intentamos describir de acuerdo al Derecho argentino el impacto en los contratos de los efectos de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo del COVID-19 y su consecuencia inmediata, esto es, la ya mencionada «cuarentena» o «confinamiento», que aparecen como hechos extraordinarios e imprevisibles sin precedentes que alteraron las «bases» de los distintos negocios jurídicos, provocando un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración; generando, de este modo, la necesidad de revisar el contrato a través de los diferentes mecanismos previstos a tal

efecto por el ordenamiento jurídico, con el único objetivo de restablecer el equilibrio originario de las prestaciones, preservar su continuidad y evitar, en lo posible, su extinción.

ABSTRACT: The crisis produced by the COVID-19, brought with it the declaration of health emergency under which the different states imposed a social and preventive isolation —called «quarantine» or «confinement»— which had a major impact on the various human relations: economic, social, cultural and, of course, legal. Thus, with the present work, we try to describe in accordance with Argentine law the impact on contracts of the effects of the pandemic declared by the World Health Organization (WHO) on the occasion of COVID-19 and its immediate consequence, that is, the aforementioned «quarantine» or «confinement», which appear as unprecedented extraordinary and unforeseeable events that altered the «bases» of the various legal transactions, causing a change in the circumstances existing at the time of their celebration; thereby creating the need to revise the contract through the various mechanisms provided for in the legal order, with the sole aim of restoring the original balance of benefits, preserving their continuity and avoiding them, if possible, their extinction.

PALABRAS CLAVES: Covid-19. Pandemia. Confinamiento. Contrato. revisión. Caso fortuito. Frustración de la causa. Imprevisión. Extinción.

KEY WORDS: Covid-19. Pandemic. Confinement. Contract. Revision. fortuitous case. Cause frustration. Unforeseen. Extinction.

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA.—II. RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES AL MOMENTO DE CONTRATAR. IMPORTANCIA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO JURÍDICO SUJETO A REVISIÓN.—III. HECHOS EXTRAORDINARIOS, IMPREVISIBLES Y POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: EL COVID-19, LA PANDEMIA Y LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS.—IV. INSTITUTOS QUE PERMITEN LA REVISIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA: 1. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. 2. IMPREVISIÓN. 3. FRUSTRACIÓN DEL FIN.—V. EL CASO FORTUITO, LA IMPREVISIÓN Y LA FRUSTRACIÓN DEL FIN COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS EFICACES PARA CONJURAR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES PROVOCADAS EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES

A CAUSA DE LA PANDEMIA Y CON MOTIVO DE LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS.—VI. CONCLUSIÓN.

I. PUNTO DE PARTIDA

La revisión del negocio jurídico *contractual* consiste en el análisis de las estipulaciones convenidas, previa interpretación e integración, y su consideración a la luz de determinados criterios o pautas, para concluir manteniéndolas o modificándolas, o bien, lo que es aún más grave, resolviendo el negocio¹.

Cuando las personas redactan un contrato intentan prever todas las contingencias. La autonomía de la voluntad —en tanto principio general del derecho², artículo 958 del Código civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante, CCyC— mucho tiene que ver con este acto de previsión, pues el ordenamiento jurídico confiere a los particulares un verdadero poder jurígeno en virtud del cual detentan la facultad de decidir si contratan o no y, en su caso, determinar el contenido del negocio jurídico.

Según una concepción clásica, lo pactado en los contratos constituía para las partes una *regla a la cual debían someterse como a la ley misma*, la cual debía permanecer inalterable a lo largo de la ejecución del negocio jurídico si este había sido concluido válidamente y no mediaba una causal de ineficacia por ausencia o irregularidades en alguno de sus elementos o presupuestos estructurales o generales³.

Se atendía fundamentalmente al sinalagma genético y el instrumento para extirpar el vicio que afectada al negocio desde su nacimiento era la nulidad, la cual conducía a la extinción del contrato, salvo su confirmación (art. 1059 CC derogado —Código de Vélez— y art. 393 CCyC).

El enfoque de estudio del contrato ponía el acento en el consentimiento como expresión de un acuerdo de voluntades, preocupándose básicamente porque este último fuera el resultado de la libre y coincidente voluntad de los contratantes. Las partes saben qué es lo más conveniente y debe dejárselas actuar libremente, por lo que las restricciones a la voluntad debían ser mínimas.

Poco y nada se reflexionaba acerca de la satisfacción de las «necesidades» que los individuos pretendían colmar a través del contrato.

Posteriormente, ante el nuevo escenario económico⁴ —que hacia hincapié primordialmente en la función social del contrato— surgió la preocupación por el hecho de si realmente esta especie negocial satisfacía o no las expectativas y deseos de los individuos contratantes. Se explica así —como una de las características del siglo XX— el avance del *orden público* sobre la *autonomía de la voluntad*; permitiéndose modificaciones a los contratos ya celebrados.

De esta manera, cambia el eje de la discusión. Comienza a ponerse el acento en el sinalagma funcional del negocio jurídico y de la «satisfacción» de las necesidades que habían conducido a los contratantes a celebrarlo. Se justifica, así, la existencia de un mecanismo capaz de conservar el contrato ante la ocurrencia de acontecimientos sobrevinientes capaces de perturbar su normal desarrollo, incluso pudiendo provocar su resolución.

Por ejemplo, cuando sobreviene un hecho extraordinario e imprevisible que torna excesivamente onerosa la prestación del deudor, con la amenaza de provocar la resolución del vínculo contractual, el acreedor —a quien puede interesarle mantener el negocio jurídico— puede optar por «resignar» parte de sus pretensiones y ofrecer mejorar equitativamente los efectos del contrato, conservándolo (art. 1198 CC derogado y art. 1091 CCyC),

En conclusión, si bien el contrato sigue constituyendo una regla que debe cumplirse, esta, no es tan incólume como se pensaba y fue menester permitir —de ser necesario— la revisión del acto jurídico contractual por una razón de justicia y equidad, a fin de que el mismo cumpla eficazmente su función de satisfacer aquellas necesidades que impulsaron a las partes a celebrarlo.

En efecto, las promesas que se intercambian los contratantes tienen una expectativa de comportamiento futuro. Especialmente en los vínculos de larga duración, el comportamiento futuro guarda estrecha relación con las *circunstancias* tenidas en cuenta por los contratantes al momento de celebrar el acuerdo de voluntades, como así también respecto de las que puedan suscitarse durante la ejecución negocial.

II. RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXISTENTES AL MOMENTO DE CONTRATAR. IMPORTANCIA DE LA CAUSA COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO JURÍDICO SUJETO A REVISIÓN

El artículo 1091 CCyC, al regular la teoría de la imprevisión, cuando hace alusión a que la *prestación de una de las partes del contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente se torna excesivamente onerosa*, se refiere específicamente a una *alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada*.

¿A qué circunstancias se refiere?

Se trata de aquellas *circunstancias* existentes al momento de contratar o cuya aparición era positivamente esperada por las partes al negociar, y cuya *subsistencia* era necesaria para que el contrato pueda existir como regulación dotada de sentido.

Estas circunstancias constituyen las *bases del negocio jurídico* y están integradas por dos tipos de componentes:

- Uno objetivo, que se refiere al tiempo, modo y lugar donde se ejecutarán las obligaciones; medio que rodea la actividad inherente al negocio a realizar; condiciones en que deberá ser cumplida cada prestación; realidad político-económica en virtud de la cual el contratante tomó la decisión de celebrar el negocio sopesando el costo-beneficio del compromiso a cumplir.
- Uno subjetivo, este depende de cada uno de los contratantes, siendo de naturaleza personal, referidos a un interés personal; se trata de la necesidad a satisfacer mediante la prestación convenida. Lo que abre una expectativa sobre la utilidad a obtener.

Así las cosas, la alteración de las referidas *circunstancias* puede desnaturalizar el negocio jurídico y frustrarlo con relación al fin perseguido por las partes y respecto de las necesidades que se pretendían satisfacer. Es esta frustración, justamente, la que viene a justificar —en ciertos casos— la revisión del contrato, ya sea para mantener sus cláusulas, modificarlas o, incluso, concluir en la propia extinción del negocio jurídico.

Ahora bien, no todas las *circunstancias* que rodean la contratación pueden ser esgrimidas para la revisión del negocio. Si así fuera, no existiría seguridad jurídica pues un simple cambio en cualesquiera de los presupuestos existentes al contratar, invocado por alguna de las partes, determinaría irremediablemente la revisión negocial con el consiguiente debilitamiento del *pacta sunt servanda*.

Entonces, cabe preguntarse ¿cuál es el criterio de selección de los hechos relevantes que alteran las «bases negociales» y sirven de fundamento a la revisión?⁵:

1. Que sean hechos objetivos, esto es, circunstancias económicas, sociales o cualquier hecho mensurable y susceptible de ser probado. Ello evita los motivos interiores como las generalidades que no se pueden probar, y pone una barrera respecto de una excesiva flexibilidad que puede resultar muy perniciosa;
2. Que esos hechos no hayan sido tenidos en cuenta al contratar o en la ejecución posterior
3. Que sean hechos que tengan influencia en la relación contractual de modo que si las partes los hubieran tenido en cuenta, el contrato no habría sido igual, ya que habrían modificado alguno de sus elementos.

Así las cosas, las «bases del negocio» se modifican o desaparecen cuando acaecen hechos de las características referenciadas, de manera tal que:

a) o bien se deshace la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación presupuesta en el contrato, es decir, se verifica un desequilibrio en la relación de equivalencia. Lo que cuenta, entonces, no es la prestación en sí misma sino en su relación de equivalencia con la contraprestación a cargo del otro contratante, cuyo desajuste produce una alteración fundamental de la base económica del negocio. Desde esta óptica se habla de la «excesiva onerosidad sobreviniente» que es un supuesto de frustración del fin del negocio.

b) o bien el fin común perseguido por las partes al contratar —expresado en el contenido del negocio— resulta inalcanzable no obstante poder cumplir el deudor con la prestación a su cargo la cual, sin embargo, ha perdido interés para el acreedor. Desde este otro punto de vista, se produce una frustración —imposibilidad— de la finalidad prevista por las partes; lo que también provoca la frustración del fin del contrato.

Sin embargo, mientras que en un caso queda afectada la causa fin *objetiva*, en el otro, la causa fin *subjetiva*. Por ello, en este contexto, adquiere relevancia la causa como *elemento esencial del acto jurídico*⁶.

En efecto, la palabra causa se emplea en el vocabulario jurídico con diversos significados. Cuando se alude a la causa como elemento esencial del acto jurídico se hace referencia a la causa final.

Un acto jurídico es tal, solo si tiene el *fin inmediato* previsto por la ley (adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas, art. 259 CCyC). Este fin inmediato configura la causa fin del negocio.

Según el artículo 281 CCyC: «*La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente, si son esenciales para ambas partes*».

De tal modo, la causa como elemento esencial del acto jurídico debe interpretarse en un doble sentido (objetivo y subjetivo):

Por un lado, expresa lo que las partes persiguen con la realización del acto (aspecto objetivo). En este sentido, se vincula a la *finalidad económico-social* del contrato y responde a la pregunta ¿Para qué se celebra el negocio? Así, la causa (objetiva) en el negocio de compraventa es, para el comprador, la obtención del dominio de la cosa, y para el vendedor, la disponibilidad del precio.

Por otro lado, la causa final identifica el *interés* o *móvil concreto* que ha movido a las partes a la realización de un negocio jurídico (aspecto subjetivo). La causa fin subjetiva responde a la pregunta, ¿Por qué se contrata? Así, para el comprador el motivo (causa subjetiva) de la compraventa de

una casa puede ser la necesidad de habitarla, o la de hacer una inversión, instalar un fondo de comercio, etc., y, para el vendedor, la necesidad de hacerse del dinero para, a su vez, comprarse un automotor para pasear con su familia. Esos motivos, siempre particulares, en principio, no generan consecuencias jurídicas; sin embargo, adquieren relevancia jurídica y se «causalizan» cuando se *exteriorizan* —en forma expresa o tácita— y han sido *conocidos o debieron ser conocidos por la otra parte* obrando con cuidado y previsión (arts. 9 y 961 CCyC).

Así las cosas, la teoría de la «base del negocio» sirve de fundamento para la revisión contractual con apoyo en:

1. la frustración del fin del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes, que impacta preponderantemente en la causa fin objetiva, canalizada a través de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC).

2. la frustración definitiva de la finalidad del contrato, a causa de la alteración extraordinaria de las circunstancias reinantes a la hora de su celebración, que impacta preponderantemente en la causa fin subjetiva, canalizada a través de la teoría de la frustración de la finalidad (art. 1091 CCyC).

III. HECHOS EXTRAORDINARIOS, IMPREVISIBLES Y POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: EL COVID-19, LA PANDEMIA Y LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS

La crisis producida por el COVID-19, trajo consigo la declaración de emergencia sanitaria en virtud de la cual, distintos Estados impusieron un aislamiento social, preventivo y obligatorio (llamado «cuarentena» o «confinamiento»), con distintas particularidades según cada país.

La cuestión a saber es si, estos «acontecimientos» sobrevinientes a la relación contractual, habilitan su *revisión*.

Es que, este «aislamiento», a su vez, paralizó distintas actividades que venían desarrollándose con normalidad, entre ellas, las económicas y lo hizo con graves consecuencias para los afectados: no poder «trabajar» para generar los recursos económicos necesarios para afrontar las necesidades básicas, los gastos indispensables cotidianos y, por su puesto, para cumplir con las diferentes obligaciones contraídas, entre las cuales se encuentran las de índole contractual.

— ¿Cómo pagar el alquiler de la vivienda arrendada?

- ¿Cómo pagar el préstamo bancario?
- ¿Cómo pagar la tarjeta de crédito?

Asimismo, existen otros casos en los cuales, aunque la cuestión económica no es lo esencial, la misma no pasa desapercibida: por ejemplo, compramos un pasaje para viajar a Europa y resulta que los países del «Viejo Continente» han cerrado sus fronteras. Asimismo, el propio Estado argentino ha cerrado las suyas. No podemos entrar, ni salir de la Argentina.

La pregunta es, ¿la empresa aérea debe devolvernos el dinero del pasaje, o es suficiente con que nos ofrezca «reprogramar el viaje», sin costo, ni multas, para otra fecha, para cuando haya pasado la pandemia?

Damos un paso más. En tren de conjeturas, puede ocurrir que nos permitan salir de nuestro país e, incluso, ingresar al país de destino. Sin embargo, hay riesgo de contagio del virus COVID-19, por lo tanto hemos perdido interés en el viaje, pues el motivo determinante era conocer un nuevo lugar, recorrerlo, compartir nuevas vivencias en otro país y lo cierto es que, la exposición «social», genera el peligro de que contraigamos coronavirus. No queremos exponernos a esta situación. De hecho, de haber tenido conocimiento del virus, nunca habiésemos comprado el pasaje.

¿Cómo resolver —jurídicamente— cada una de estas situaciones contractuales, afectadas por la pandemia con motivo del COVID-19 y el «aislamiento social» impuesto estatalmente; cuando estos acontecimientos tienen carácter extraordinario y eran imprevisibles para las partes contratantes al momento de celebrar el negocio jurídico?

Para contestar el interrogante, debemos —como mínimo— echar mano a tres institutos jurídicos propios del Derecho obligacional, del Derecho contractual y de la Responsabilidad Civil consagrados en el ordenamiento jurídico argentino⁷.

Nos referimos:

- al caso fortuito o la fuerza mayor
- la imprevisión
- la frustración del fin del contrato

A continuación, nos referiremos brevemente a cada una de estas figuras para intentar determinar, con posterioridad, como operan en materia de revisión contractual ante la «emergencia sanitaria» declarada con motivo del COVID-19.

IV. INSTITUTOS QUE PERMITEN LA REVISIÓN CONTRACTUAL SEGÚN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

1. CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR

Las eximentes o causales liberatorias de la responsabilidad excluyen la obligación de responder o la disminuyen. Las eximentes son diversas según se trate de responsabilidad objetiva o subjetiva.

En el ámbito de la responsabilidad subjetiva, el sujeto se libera de responsabilidad acreditando la «no culpa», es decir, que actuó cuidadosamente, observando las diligencias que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Si se trata de factores objetivos de atribución, no hay «juicio de reproche»; por eso, las eximentes que excluyen este tipo de responsabilidad no se vinculan a la culpa, sino a la causalidad. En este ámbito, las eximentes destruyen (total o parcialmente) el nexo causal entre la conducta y el daño. En definitiva, el daño no puede ser atribuido al sindicado como responsable por la ley sino a otra causa ajena o extraña.

Son causas ajenas: (i) el caso fortuito o la fuerza mayor ajena a la cosa o a la actividad dañosa de la cual el sindicado como responsable se vale, o saca un provecho, o está bajo su cuidado; (ii) el hecho de un tercero por el cual no se debe responder; (iii) el hecho del damnificado.

Veamos el caso fortuito o fuerza mayor⁸.

El artículo 1730 CCyC dice que: *«Se considera caso fortuito al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. Este Código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos. El caso fortuito exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario»*.

Por su parte, el artículo 1733 CCyC expresa que: *«Aunque ocurra el caso fortuito, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito; c) si está en mora, a no ser que esta sea indiferente para la producción del caso fortuito; d) si el caso fortuito sobreviene por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito»*.

Conforme las normas transcriptas, en el Derecho argentino «caso fortuito y fuerza mayor» son expresiones que guardan sinonimia. Véase ahora cómo funcionan en el sistema jurídico.

El ser humano convive con la naturaleza. Algunos acontecimientos de la naturaleza son normales, suceden habitualmente según la experiencia;

por ejemplo, que nieve abundantemente en invierno en la Cordillera de los Andes (que se encuentra al oeste de la República Argentina, en el límite con la República de Chile). Al contratar, o al realizar cualquier acto de la vida, estos hechos normales, ordinarios, deben ser ponderados y estar en los cálculos del sujeto medio. Así, si Juan debe transportar mercaderías desde Argentina a Chile en el mes de julio, sabe que puede nevar y cerrarse el túnel internacional de paso a dicho país, con consecuencias en la circulación vehicular y en la ejecución del transporte (por ej., los camiones pueden quedar varados hasta 15 días seguidos sin poder cruzar).

También se producen sucesos extraordinarios, que están fuera del acontecer habitual y que, por eso, son imprevisibles. Algunos de estos hechos extraordinarios pueden preverse, pero, aun así, son irresistibles y, por tanto, de efectos inevitables. Los hechos extraordinarios imprevisibles o, previsibles pero inevitables, configuran el denominado caso fortuito o la fuerza mayor.

La imprevisibilidad depende de circunstancias fácticas. Por ejemplo, un temblor de intensidad en la Provincia argentina de Entre Ríos (ubicada al este del país, lejos de la Cordillera de los Andes) es un hecho imprevisible; en cambio, en la Región cordillerana de Cuyo es previsible, por tratarse de zona sísmica pegada al Cordón montañoso andino. En consecuencia, quien construye en zona sísmica, debe utilizar un sistema «sismo-resistente»; si no lo hace, acaecido el hecho no podrá liberarse, pues un sismo es un acontecimiento previsible.

Sin embargo, puede acaecer que el terremoto sea de tal magnitud que, aun respetando las directivas técnicas, el edificio igualmente se desplome (por ejemplo, se produjo una enorme grieta en el terreno sobre el que está edificada la construcción). En este supuesto excepcional, el obrar del empresario de la construcción no es la «causa adecuada» de la caída del edificio; la causa ha sido el terremoto en un grado de intensidad fuera de cualquier cálculo e imposible de evitar sus consecuencias.

La imprevisibilidad y la inevitabilidad implican que el hecho que aparece como caso fortuito también es actual, inminente y sobreviniente a la conducta del sujeto sindicado como responsable.

El caso fortuito, sin embargo, no debe confundirse con: (A) la causa ignorada; (B) la «no culpa»; (C) la falta de toda diligencia exigible a una persona en su actuar que termina por sembrar dudas sobre la autoría del hecho dañoso.

No constituyen caso fortuito y, por lo tanto, no liberan aquellos hechos que tienen un origen desconocido o ignorado; tal el caso del incendio de un banco que destruye los objetos existentes en la caja de seguridad del cliente y que no se puede llegar a saber cómo se originó; la pérdida del líquido de los frenos del vehículo que determina que el conductor pierda el control y arrolle a un peatón; etcétera. En estos supuestos, el prestador

del servicio bancario de caja de seguridad y el dueño o guardián del rodado son responsables por los daños causados; para liberarse, es insuficiente la invocación del origen desconocido del incendio o de la pérdida de líquido de frenos porque, precisamente por ser de origen ignorado, no hay prueba de que esos hechos sean ajenos a los sindicados como responsables.

ADOLFO EXNER⁹ dijo tiempo atrás que, para que se configure el caso fortuito, es necesario que el hecho invocado —además de ser imprevisible y/o inevitable— sea ajeno a la actividad dañosa del agente, a su empresa, a las cosas de su propiedad. Si no fuere exterior, sino «interior», la persona prestadora del servicio, dueño, guardiana, etcétera, debe tenerlo en cuenta, contar con su ocurrencia y sus efectos, prevenirlo, anticiparlo y evitarlo.

Pueden calificarse de caso fortuito o fuerza mayor los hechos de la naturaleza y también los hechos del hombre.

Son hechos de la naturaleza, por ejemplo, un terremoto, un tornado, una inundación, etcétera. Se discute si configuran caso fortuito aquellos hechos que son de la propia naturaleza humana, como una enfermedad súbita, imprevisible e inevitable, o incluso la muerte; en principio, la respuesta es afirmativa pues el control de tales hechos por la persona humana es muy relativo; se trata de acontecimientos que no se deben a la culpa del deudor, excepto que este los provoque o se ponga con grave imprudencia en situación de producirlos o favorecer su acaecimiento. Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato por un artista causado por una enfermedad sorpresiva, la pérdida de conocimiento, etcétera, obedece a casos fortuitos excepto que él mismo haya provocado tales hechos, en cuyo caso, no actúan como eximentes, pues pudo evitarlos o prevenirlos (por ejemplo, el actor se enfermó por una ingesta de alcohol absolutamente voluntaria). En este escenario, pensemos en el caso del COVID-19 que si reuniría las características de caso fortuito.

Los hechos del hombre imprevisibles, inevitables y ajenos respecto a quien aparece como autor del daño también pueden configurar el caso fortuito. Por ejemplo, guerras, revoluciones, huelgas, etcétera. Sin embargo, si estos hechos son causados por la propia conducta del agente, no liberan. Por ejemplo, para liberarse de los efectos del incumplimiento de un contrato, el fabricante de autos no puede invocar la huelga de sus empleados, declarada porque no les ha pagado el salario; en cambio, podría invocar la huelga general, convocada por la central obrera —que exige mejoras del convenio colectivo de trabajo— y a la cual sus empleados adhirieron por solidaridad, aunque ellos ya gocen de tales mejoras.

El hecho imprevisible e inevitable del Estado también puede configurar caso fortuito. Por ejemplo, Juan vende un inmueble a Pedro; recibe parte del precio y se compromete a transmitir la posesión y a escriturar en el plazo de seis meses. Posteriormente, y sin que nada lo hubiese hecho prever al tiempo

del contrato, el Estado procede a expropiar ese inmueble, hecho que impide a Juan cumplir con el contrato de compraventa. Este incumplimiento no tiene su causa en la conducta de ninguna de las partes; por eso, el contrato se resuelve sin generar responsabilidad para ninguna de las partes quienes, simplemente, deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas.

Vinculado al caso fortuito o fuerza mayor, hallamos el instituto de la «imposibilidad de cumplimiento», como modo de extinción de las obligaciones¹⁰.

En efecto, como regla, el incumplimiento de las obligaciones genera el deber de reparar las consecuencias dañosas sufridas por la falta de cumplimiento. Sin embargo, si el incumplimiento obligacional se produce por una causa sobreviniente no imputable a la conducta del deudor, la obligación se extingue sin que este deba reparar daño alguno al acreedor (art. 1732 CCyC).

a) Imposibilidad definitiva

Según el artículo 955 CCyC: *«La imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados»*.

Por eso, para liberarse de las consecuencias del incumplimiento, como regla, el deudor tiene la carga de probar que:

i) *La prestación se ha tornado efectivamente imposible, en razón de una causa sobrevenida.* La imposibilidad de cumplimiento debe ser sobrevenida, es decir, debe ser posterior al acto que ha generado la obligación; si fuera contemporánea al otorgamiento del acto o contrato, existiría un defecto originario por la falta de objeto, por lo que el problema sería la nulidad (o no) de la relación obligatoria. La imposibilidad sobrevenida puede ser física o jurídica. Hay imposibilidad física cuando la prestación es de realización materialmente imposible. Por ejemplo, muere el músico obligado por un contrato a componer la melodía y música para una película. Hay imposibilidad jurídica cuando con posterioridad a la convención aparece un obstáculo legal que se opone a la realización de la prestación debida, aun cuando ella sea materialmente posible de ser cumplida. Por ejemplo, una prohibición legal de ejecutar la actividad prometida contractualmente en una zona determinada. Pensemos, por ejemplo, en la «cuarentena» o «confinamiento» impuestos estatalmente, que vedaban casi todo tipo de actividad; provocando el incumplimiento de innumerables contratos.

La mera dificultad que no configura imposibilidad no da lugar a esta causal de extinción. Podrá ser invocada si reúne los requisitos de la teoría de la imprevisión (art. 1091 CCyC).

La imposibilidad que da lugar a la extinción debe ser objetiva, absoluta y definitiva:

- objetiva, o sea, el impedimento está referido al contenido de la prestación en sí misma, con abstracción de todo elemento extrínseco. La imposibilidad es subjetiva cuando atañe a condiciones personales o patrimoniales propias del deudor, que no están ligadas a la prestación. Por ejemplo, el vendedor de un inmueble alega que no puede escriturar porque está enfermo el hijo y no tiene quién lo cuide. Los impedimentos puramente subjetivos del deudor no están comprendidos en este modo extintivo.
- absoluta, es decir, no puede ser vencida por las fuerzas humanas normales.
- definitiva, en el sentido que la prestación tampoco podrá ser cumplida con posterioridad. Se trata de una situación irreversible.

ii) La imposibilidad se ha producido sin culpa ni dolo del deudor. La imposibilidad no debe ser imputable al deudor. Si fuese imputable, no solo no extingue la obligación, sino que lo obliga a reparar los daños causados al acreedor. En otras palabras, si la imposibilidad reconoce su génesis en la conducta del deudor (por ejemplo, destruyó el automotor que vendió y debía entregar por circular a exceso de velocidad), la obligación no se extingue; se transforma en la de pagar los daños causados (art. 955 CCyC). La imposibilidad debe tener origen en un caso fortuito o fuerza mayor. Esto es, un hecho que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido evitarse (art. 1730 CCyC).

iii) El deudor no ha asumido el caso fortuito o fuerza mayor. La obligación no se extingue por imposibilidad si el deudor ha asumido el caso fortuito o la fuerza mayor (art. 1733 CCyC).

b) Imposibilidad temporal¹¹

La imposibilidad es temporal cuando la prestación es posible de ser realizada con posterioridad y es idónea para satisfacer el interés del acreedor. Esa imposibilidad no alcanza para liberar al deudor y extinguir la obligación; la obligación sigue vigente, por lo que, removido el obstáculo, persiste el deber del deudor de cumplimentar con su prestación. La imposibilidad liberatoria, pues, como se explicó en el punto anterior, es la definitiva.

Sin embargo, el CCyC reconoce algunos supuestos en los que la imposibilidad temporal tiene efecto extintivo: (i) cuando el plazo es esencial y (ii) cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible (art. 956 CCyC).

En ambos casos, la imposibilidad temporal causa lisa y llanamente el incumplimiento definitivo, por lo que el acreedor tiene el derecho de dar por extinguido el vínculo obligacional. Esta solución es una consecuencia lógica del principio de buena fe (art. 961 CCyC).

Por ejemplo, se contrató a una banda famosa para que actúe en una fiesta de matrimonio. La banda no llegó el día prometido porque tuvo un accidente causado por un tercero. Evidentemente, aunque podría actuar en otra ocasión, el día fijado era determinante para la ejecución de la prestación a su cargo y cumplir la prestación en otra oportunidad no tiene interés para el acreedor.

2. IMPREVISIÓN¹²

a) Introducción

Según el artículo 1091 CCyC: «*Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia*».

Como se ha explicado, el artículo 959 CCyC establece el efecto vinculante, regla básica del derecho contractual, según la cual «todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes». El contrato es ley para las partes y por eso debe ser cumplido (*pacta sunt servanda*); la cuestión es si esa regla tiene como límite que las cosas sigan siendo como estaban al momento de contratar (*rebus sic stantibus*)¹³.

Obviamente, una alteración o modificación no sustancial del contenido contractual es simplemente la consecuencia del riesgo negocial. El problema es cuando la modificación ha alterado manifiestamente el equilibrio económico del contrato. Por ejemplo, una empresa vende a otra una determinada cantidad de petróleo para ser entregada y pagada en diversos periodos de

tiempo durante cinco años a determinado precio; mientras el contrato se está ejecutando se declara una guerra que aumenta veinte veces el precio pactado. La prestación a cargo del vendedor no se ha tornado imposible, pero sí, excesivamente onerosa, desde que debe entregar un producto a un precio infinitamente inferior a su valor en el mercado.

b) Contratos excluidos

La teoría de la imprevisión no se aplica:

- i) A los contratos gratuitos.
- ii) A los contratos aleatorios, excepto que la prestación se torne excesivamente onerosa «por causas extrañas a su alea propia». El ejemplo clásico es el de la renta vitalicia (art. 1599 del CCyC¹⁴), convención en la que el alea está dada por la duración de la vida del beneficiario; en consecuencia, no se podría invocar que la prestación ha devenido en excesivamente onerosa porque el acreedor ha vivido muchos más años de los que vive una persona normal, pero sí otras circunstancias que pueden resultar extraordinarias; por ejemplo, la renta consistía en una determinada cantidad de barriles de petróleo y el precio de este producto se ha multiplicado por veinte por una guerra desatada en países petroleros.

c) Requisitos

La aplicación de la teoría requiere:

- i) una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración.
- ii) Pese a la alteración, la prestación es posible, pero resulta excesivamente onerosa, a punto tal que produce una notoria desproporción de las prestaciones, que dificulta económicamente el cumplimiento. Por ejemplo, la guerra en un país petrolero aumentó en veinte veces el precio del producto vendido. Si la prestación fuera imposible, se aplica la figura del caso fortuito, que exime de responsabilidad al contratante incumplidor; o sea, este no debe cumplir la prestación, porque precisamente se ha tornado imposible (art. 1730 CCyC)
- iii) El hecho que provoca la excesiva onerosidad es posterior a la celebración del contrato.
- iv) El o los hechos generadores de la desproporción son extraordinarios e imprevisibles, ajenos a las partes. Se trata de hechos de características

excepcionales, que no pudieron ser previstos por las partes usando una normal diligencia. Por ejemplo, una guerra, una fuerte crisis económica, una pandemia, etcétera.

v) Estos hechos extraordinarios e imprevisibles deben ser generales, no particulares de quien los invoca. Por ejemplo, no podría invocarse una enfermedad que le impidió trabajar y obtener fondos para pagar; excepto el caso del COVID-19 que sí cumple con el recaudo de generalidad, desde que es una pandemia.

d) Efectos

i) La parte perjudicada por los hechos imprevisibles e inevitables tiene derecho a plantear extrajudicialmente o pedir ante un juez, por acción o como excepción:

— La resolución total o parcial del contrato.

En el ejemplo anterior relativo a la renta vitalicia, el perjudicado por el aumento del petróleo (el deudor) podría pedir la resolución del contrato, y el beneficiario (el acreedor) evitar la resolución solicitando que el juez reajuste equitativamente la prestación, no para volver al equilibrio inicial perfecto, pero sí para disminuir el exceso. Por ejemplo, si hasta el momento en que ocurrió la guerra, el beneficiario de la renta recibía el valor de U\$S 100 por barril, y con posterioridad el precio alcanzó los U\$S 500 por unidad, el reajuste equitativo podría consistir en que, en adelante, se abone la suma de U\$S 250 o 300 por barril; la determinación del valor se realiza equitativamente, ponderando las circunstancias del caso concreto; el juez debe tener en cuenta la situación particular de ambas partes. No implica un reajuste en términos absolutos, pues si así fuese, el que estaba beneficiado por el hecho extraordinario, el deudor (que conforme el contrato podía pagar solo U\$S 100 por barril) se volvería el perjudicado (al tener que pagar cinco veces más), siendo que ese precio, para él, es excesivamente oneroso.

— La adecuación del contrato, ofreciendo un reajuste.

ii) Los efectos de la resolución o la adecuación no alcanzan a los efectos ya cumplidos; o sea, los efectos no son retroactivos, se producen hacia el futuro. Por eso, en el ejemplo, la resolución o el reajuste alcanzarán solo

a las prestaciones que se devengaron a partir de los hechos imprevisibles o inevitables.

3. FRUSTRACIÓN DEL FIN¹⁵

Según el artículo 1090 CCyC: *«La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución solo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial».*

El origen del instituto suele asignarse a los llamados «casos de la coronación», decididos por la Corte de Apelaciones de Londres, Inglaterra, en el año 1903; los propietarios de inmuebles alquilaban los balcones para que la contraparte pudiese presenciar el desfile con motivo de la coronación del nuevo rey Eduardo VII; sin embargo, ese día, no hubo desfile por un problema de salud del monarca. Ante el reclamo del pago del saldo de precio por uno de los locadores, el locatario reconvino por restitución de lo pagado, pretensión a la que se hizo lugar, sosteniendo que el contrato había sido realizado para que el locatario pudiera observar el desfile, causa (*consideration*) compartida por los contratantes, y que, aplazado este, se había afectado la base del contrato¹⁶.

La imposibilidad de satisfacer los móviles particulares de las partes que han sido causalizados, es decir, exteriorizados y conocidos o que debieron ser conocidos por la otra parte, puede frustrar el fin del acto jurídico. En tal caso, se autoriza a la parte perjudicada a extinguir el contrato.

La causa existe al momento de la celebración del negocio, pero se frustra posteriormente. Por ejemplo, Juan alquila a Pedro un inmueble para instalar una fábrica de lavandina; con posterioridad a la celebración del contrato, la zona donde el inmueble se encuentra es declarada «residencial» por la autoridad municipal; este hecho, extraordinario, imprevisible para ambas partes al contratar, que impide explotar la fábrica, autoriza a Juan a extinguir la relación contractual por haberse frustrado el fin del contrato (él no tiene interés en alquilar pues no puede realizar la actividad industrial)¹⁷.

La frustración de la finalidad puede ser solo temporal, no definitiva. En tal caso, el artículo 1090 CCyC autoriza solamente a «suspender» los efectos del contrato. No permite la extinción del negocio. Sin embargo, hay derecho a la resolución contractual si esa frustración temporal impide

el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

El artículo 1203 CCyC previsto para el contrato de locación de cosas —en su versión original— contemplaba un caso análogo que permitía comprender la figura de la frustración temporal, cuando disponía que «*Si por caso fortuito o fuerza mayor, el locatario se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no puede usar o gozar de la cosa. Si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes*»¹⁸.

O sea, el arrendatario pueda: (i) extinguir el negocio, o (ii) suspender el pago del canon, sin disolver el contrato.

Tal como prevé el artículo 1090 CCyC, la resolución es operativa desde que la parte comunica la declaración extintiva a la otra. Dado que el evento frustrante es extraordinario y ajeno a la conducta de las partes, no da lugar al resarcimiento de daños.

La resolución tiene efecto restitutivo, aunque las prestaciones cumplidas quedarán firmes, siempre que resulten económicamente equivalentes y sean divisibles. Por ejemplo, mientras el contrato de locación se ejecutó y hasta que sobrevino el hecho extraordinario que frustró la causa del negocio (la declaración municipal que impidió que la fábrica de lavandina continuara trabajando), los cánones pagados por el disfrute del bien quedan firmes y no deben restituirse.

V. EL CASO FORTUITO, LA IMPREVISIÓN Y LA FRUSTRACIÓN DEL FIN COMO INSTRUMENTOS JURÍDICOS EFICACES PARA CONJURAR LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES PROVOCADAS EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES A CAUSA DE LA PANDEMIA Y CON MOTIVO DE LA CUARENTENA O CONFINAMIENTO OBLIGATORIOS

La respuesta no es unívoca. Hay que analizar caso por caso para determinar cuál es la herramienta jurídica que corresponde aplicar, de tal modo que alcance una solución equitativa, que contemporee y resguarde —o perjudique lo menos posible— los intereses en juego de ambas partes del contrato.

Ensayemos algunos ejemplos a mano alzada.

a) Luca ZINGARETTI, italiano, cantante de ópera famoso, es contratado para interpretar la ópera «Nabucco» (de Giuseppe VERDI) en febrero de 2020 en Argentina en el Teatro Colon (todavía en nuestro país en esa

fecha poco se sabía del coronavirus y no había emergencia sanitaria declarada). Sin embargo, el artista contrae COVID-19 en Shangai —donde estuvo previamente— y, si bien no lo mata, si lesiona gravemente sus pulmones y vías respiratorias, lo que le genera una incapacidad permanente total para su actividad profesional, de tal modo que no puede cumplir con su contrato. En este caso, opera el caso fortuito que puede ser invocado por Luca ZINGARETTI, para eximirse de responsabilidad. Estamos en presencia de una imposibilidad de cumplimiento (art. 955, 1ra. parte y art. 1732 CCyC).

A su vez, las personas que compraron sus entradas para ver la Ópera, pueden invocar la frustración del fin con el objetivo de resolver el contrato de espectáculo celebrado, a los efectos de obtener la restitución o reembolso del dinero invertido en la adquisición del ticket. El motivo determinante de la celebración del negocio jurídico, escuchar cantar a Luca en el Teatro, ya no será satisfecho y se ha frustrado definitivamente el interés del acreedor.

b) Jorge GÓMEZ ha tomado un préstamo bancario hipotecario UVA¹⁹ (es decir, se indexa o actualiza mensualmente de manera automática), el que se encuentra en plena ejecución; venciendo en noviembre de 2030. Pero, atento a la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno argentino, actualmente no puede trabajar como odontólogo y, por lo tanto, no percibe ningún tipo de honorario que le permita pagar la cuota del mutuo. En este caso, no hay intención alguna de resolver el negocio jurídico. Por el contrario, necesita del inmueble que ha comprado —y que está hipotecado— pues ahí vive con su familia. En este contexto, la prestación a su cargo —el pago de la cuota— se ha tornado excesivamente onerosa desde que, además de la inflación reinante que potencia la UVA, ha perdido toda chance de percibir ingresos por el momento, lo que ha perjudicado su capacidad económica; generando un importante desequilibrio contractual. Necesita readecuar el contrato, de tal modo que, sin extinguirlo, pueda modificarlo de algún modo para continuar su ejecución.

En este caso, si bien el Estado Nacional argentino se adelantó en reajustar los términos de la relación contractual hipotecaria (los llamados «préstamo hipotecarios UVA») a través del dictado del DNU 319/20²⁰, preservando la continuidad del vínculo jurídico, en tren de conjeturas —y *suponiendo hipotéticamente que el Estado argentino no lo hubiese hecho*— bien podría Jorge GÓMEZ invocando la *Imprevisión* intentar adecuar las prestaciones contractuales en los mismos términos que propone el DNU 319/20²¹ (o de otra manera, claro está); iniciando la acción de revisión que autoriza el artículo 1091 CCyC y, a tal efecto, solicitar el congelamiento por seis meses (hasta el día 30 de septiembre del año en curso), de la cuota mensual de su crédito hipotecario —a valor de marzo del 2020— que recae sobre el inmueble que compró, que está precisamente destinado a vivienda única y que se encuentra ocupado —con el referido destino— por Jorge GÓMEZ

y su familia. La *Imprevisión*, como ocurre en este caso, cobra importancia a los efectos de readecuar el desequilibrio contractual en aquellos contratos de ejecución diferida o continuada, en los que la parte perjudicada tiene interés en preservar su continuidad.

c) Mauricio GONZÁLEZ ha comprado un pasaje aéreo para viajar a Italia, a fin de recorrer el Norte de ese país y, particularmente, conocer la «Última Cena» de Leonardo DA VINCI en Milán. El pasaje lo compró en agosto de 2019, para viajar en marzo de 2020.

Si nos ubicamos en marzo del 2020, Mauricio se encuentra con que:

- a) Estaban cerradas las fronteras de Italia y Argentina
- b) Debía cumplir cuarentena obligatoria en Argentina y en Italia
- c) Tenía especialmente temor de contagiarse COVID-19 por lo que, aun cuando hipotéticamente las fronteras se hubiesen abierto, el motivo determinante de la compra del pasaje, esto es, viajar para conocer Italia, perdió todo interés. No quería correr riesgos graves en su salud, especialmente porque no había vacuna (y aún no la hay) y el COVID-19 era (y lo es aún) muy contagioso.

Las soluciones posibles para este caso presentan aristas de complejidad.

Casi todas las Líneas Aéreas, en este caso, han ofrecido al pasajero la opción de cambiar la fecha de su vuelo, sin costos ni penalidades (con algunas variantes según la empresa). Es decir, no ofrecen la resolución contractual, esto es, extinguir el contrato restituyendo el dinero. Sin embargo, aun ante la opción del cambio de fecha, tampoco ofrecen al pasajero suspender el pago de las cuotas del precio del pasaje hasta el momento oportuno (para cuando se pueda viajar), si es que el ticket se había adquirido de manera financiada a plazo.

Lo cierto es que tampoco les conviene «económicamente» invocar el caso fortuito para eximirse de responsabilidad ante el incumplimiento, pues ello derivaría en una extinción del contrato —justificada por cierto— con el consiguiente efecto restitutivo del dinero percibido por la venta del pasaje, que es lo que la mayoría quiere evitar.

Es más, juega a favor de la empresa la «imposibilidad de cumplimiento» (arts. 955 y 1732 CCyC), que aun siendo temporaria (art. 956 CCyC), extingue la obligación cuando el plazo es esencial o la duración de la imposibilidad frustra definitivamente o de manera irreversible el interés del acreedor.

Pero, reiteramos, aun en este caso, la Empresa debería restituir el dinero al pasajero y, ante el perjuicio económico de perder el precio del pasaje, no lo quieren hacer²².

De este modo, las Líneas Aéreas «ignoran» lisa y llanamente la teoría de la frustración del fin, ni siquiera en su modalidad «temporal» (arg. art. 1203 CCyC). En otras palabras, imponen al pasajero la aceptación de

un «diferimiento» del plazo del cumplimiento de la propia prestación, para «cuando se pueda cumplir» y cese la pandemia (aunque percibiendo ellas, eso sí, en tiempo y forma la prestación del co-contratante, que paga el pasaje de contado o en cuotas). Como no hay causa imputable para el pasajero, no hay penalidades en el cambio de fecha (cuyo límite también impone la Línea Aérea, por ej., para volar hasta el 31 de diciembre de 2020 o hasta el 30 de junio de 2020); lo que parece ser un incentivo para aceptar.

Pero quedarnos con esta «solución» es otorgarle al tema una visión sesgada, que solo mira el interés del deudor.

En efecto, si bien es cierto que existe un caso fortuito que impide volar a las Líneas Aéreas como es el cierre de fronteras ordenada por el Estado a causa de la «cuarentena» declarada por el coronavirus, aun cuando las mismas se «abrieran» y vuelvan a la normalidad, lo cierto es que el COVID-19 y la incertidumbre que el mismo genera sobre la salud del pasajero, afectan principalmente el motivo determinante del mismo, quien puede ya no tener interés en viajar (aun cuando la empresa pudiese ejecutar el traslado). Dicho «interés», precisamente, era el que existía al momento de celebrar el contrato de transporte y que lo llevo a concertar dicho negocio (lo que obviamente era conocido por la Empresa aérea).

No hay vacuna, hay peligro de contagio y depende permanentemente de no exponerse a situaciones de riesgo en tal sentido.

Así las cosas, si echamos mano al artículo 1203 CCyC —que bien puede aplicarse a nuestro caso *mutatis mutandis*— si el pasajero se ve «impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención» (*rectius*: no puede viajar o puede hacerlo pero con riesgo de contagio, etc.); es el propio pasajero (y no la Línea Aérea) quien tiene las dos opciones legales:

- resolver el contrato (arg. art. 1203 CCyC) o
- suspender temporalmente el pago de la prestación (mientras no se pueda volar o, incluso, aunque se pueda volar pero hasta que desaparezcan los peligros del contagio, etc.; en cuyo caso el pasajero no tendría porque aceptar la imposición de un límite irrazonable a la nueva fecha de vuelo por parte de la Empresa aérea).

Adviértase, entonces, que siempre es el acreedor de la prestación —en este caso, el pasajero— quien tiene la opción. No la empresa transportista, quien —como dijimos— sí podría invocar la imposibilidad de cumplimiento, sin responsabilidad, para extinguir el contrato, pero restituyendo siempre el dinero.

No obstante, entre las opciones a favor del pasajero, no está la de verse «obligado» a posponer la fecha del viaje (o sea, aceptar sin más el diferimiento del cumplimiento de la prestación, que el propio deudor —por

su mayor poder negocial— le impone). Distinto sería el caso si, en esta situación, se le concediera concomitantemente al acreedor la facultad de suspender el cumplimiento de la propia prestación (en caso de que el pago del precio no haya sido de contado) y se hubiesen disipado los riesgos del contagio y, a su vez, el pasajero tuviese interés en volar.

En suma, entendemos modestamente que en la situación actual —dentro del contexto antes explicado— los pasajeros podrían, sin inconvenientes, solicitar la restitución del dinero del pasaje; resolviendo el contrato, invocando a tal efecto la frustración del fin del contrato (arts. 1090 y 1203, CCyC).

VI. CONCLUSIÓN

Con el presente aporte doctrinario, hemos pretendido:

I. Explicar a la luz del Derecho argentino el impacto en las relaciones jurídicas contractuales tanto de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con motivo del COVID-19 como su consecuencia inmediata, esto es, la «cuarentena» o «confinamiento».

II. Describir la pandemia cuanto el confinamiento como hechos extraordinarios e imprevisibles sin precedentes que alteraron las «bases» de los distintos negocios jurídicos, provocando un cambio en las circunstancias existentes al momento de su celebración.

III. Demostrar, ante este nuevo escenario, la necesidad de revisar el contrato a través de los diferentes mecanismos previstos a tal efecto por el ordenamiento jurídico con el único objetivo de reestablecer el equilibrio originario de las prestaciones, preservar su continuidad y evitar, en lo posible, su extinción.

REFERENCIAS

- CCyC: Código civil y Comercial de la Nación
- OMS: Organización Mundial de la Salud
- DNU: Decreto de Necesidad y Urgencia
- CER: Coeficiente de Estabilización de Referencia
- IPC: Índice de Precios del Consumidor
- UVA: Unidad de Valor Adquisitivo

BIBLIOGRAFÍA

- BORETTO, M. (2003). *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Buenos Aires. El Derecho. Colección Académica.
- (2019). Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código civil y Comercial de la Nación. *Revista Código civil y Comercial*. Thomson Reuters. La Ley. Núm. 9, Año V.
- EXNER, A. (1905). *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*. Traducción Emilio Milana y Villagrasa. Madrid. Victoriano Suárez.
- KEMALMAJER DE CARLUCCI, A. y BORETTO, M. (2017). *Manual de Derecho Privado*. Tomo II. Buenos Aires. EUDEBA - Rubinzal Culzoni.
- (2018). *Manual de Derecho Privado*. Tomo III. Buenos Aires. EUDEBA - Rubinzal Culzoni.
- HERRERA, M., CAMELO, G. y PICASSO, S. (Dirs.) (2015). *Código civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo III, Buenos Aires. Ministerio de Justicia.
- LORENZETTI, R. (2002). La excesiva onerosidad sobrevenida en supuestos de emergencia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Núm. 2002-1.
- (2002). *La emergencia económica y los contratos*. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- (2015). (Director). *Código civil y Comercial Comentado*. Tomo VI. Santa Fe. Rubinzal Culzoni.
- MILLER, R.L y CROSS, F.B (2007). *The legal Environment Today. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*. Fifth edition.

NOTAS

¹ BORETTO, M. (2003). *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Buenos Aires. El Derecho, Colección Académica, 13. BORETTO, M. (2019). Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código civil y Comercial de la Nación. *Revista Código civil y Comercial*. Buenos Aires. Thomson Reuters. La Ley, núm. 9, Año V.

² Los principios generales son ideas rectoras o principios jurídicos directores que informan un ordenamiento jurídico. Son conceptos jurídicos *indeterminados* o *abiertos*, que requieren del operador del derecho para su *concretización* frente al caso. La importancia de los principios generales del derecho resulta de los artículos 1 y 2 del Código civil y Comercial de la Nación Argentina, en adelante, CCyC, que expresan: «*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*» (art. 1). «*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*» (art. 2). Ambas disposiciones están contenidas en el Título Preliminar del CCyC, o sea, entre las normas generales que se aplican a todo el código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza, y que sirve de marco de comprensión de una

gran cantidad de cuestiones. Se trata del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas. De allí la importancia de la consagración de los principios generales en esta primera parte de la nueva legislación; la cual se proyecta hacia todo el Derecho privado con una increíble fuerza expansiva. Entre las funciones de los principios generales del derecho, cabe mencionar la siguientes *Como fuente del Derecho*: Bajo el título «Obligación de resolver», el artículo 3 del CCyC dispone: «*El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada*». O sea, el juez tiene la obligación de dirimir el conflicto; no puede dejar de hacerlo, como decía el viejo código hoy derogado (que identificamos como «Código de Vélez»), excusándose en que la ley no prevé la cuestión, o la contempla de modo oscuro o insuficiente. Además, debe resolver *razonablemente*, o sea, motivando suficientemente su decisión. A ese fin, el CCyC proporciona al juez diversos instrumentos, entre los cuales se encuentran los principios generales del derecho. *Como elemento de interpretación de la ley*: Además, a través de los principios generales es posible: (a) resolver las contradicciones existentes entre las normas jurídicas vigentes, dando prioridad a la que se adapta mejor al principio general; (b) dar la clave para interpretar una norma jurídica dudosa, tal como surge del artículo 2 antes transcripto.

³ Posteriormente, en el siglo XVI, la desintegración del feudalismo, los nuevos descubrimientos, la conquista y exploración de nuevos territorios, entre otras causas, ayudaron a concebir al hombre como individuo libre, y al Derecho como expresión máxima de la libertad humana dando mayor fuerza a la noción vinculante del acuerdo de voluntades. En el siglo XIX, recogiendo la noción anterior —cada cual se obliga por su propia voluntad— el Código civil francés de 1804 receptó legalmente la llamada autonomía de la voluntad. Esta autonomía implica que el consentimiento, por tener poder suficiente para regular los derechos de las partes, genera para ellas un vínculo análogo al de la ley. Dicho de otra manera, «el contrato es ley para las partes». Esta afirmación se basa en la creencia según la cual, gracias a la libertad, nadie conoce mejor que las propias personas que contratan cuáles son sus verdaderos deseos, sus verdaderas necesidades y, por lo tanto, nadie puede proporcionar una solución más justa y conveniente que la que ellas mismas pueden darse. Esta idea se trasladó a la mayoría de los códigos decimonónicos, entre ellos, al argentino (hoy derogado), y prevaleció, sin modificaciones, hasta mediados del siglo XX.

⁴ La segunda guerra mundial produjo grandes cambios que repercutieron en el Derecho. Las nuevas condiciones económicas, tecnológicas y sociales revelaron que, a veces, el acuerdo de voluntades es una mera ilusión o ficción, desde que las grandes empresas imponen las condiciones de la contratación, por lo que los contratantes —normalmente consumidores— se limitan a adherir a lo predispuesto por quien es económica o profesionalmente más fuerte. Esta nueva realidad llevó a la convicción de que la autonomía de la voluntad, por sí sola, no es suficiente; el Derecho del llamado «Estado de bienestar» de la posguerra debía ser un medio para lograr y desarrollar directrices económicas y políticas más justas; la voluntad individual, pues, debía ceder ante la planificación centralizada. Esta nueva visión generó la llamada «crisis del contrato» que, en realidad, es la crisis de la autonomía negocial como regla absoluta. Como se adelantó, la exaltación de la voluntad —y su poder de producir efectos jurídicos— desarrollada a la luz de la Revolución Francesa y pasada al código francés, fue recogida por VÉLEZ SARSFIELD en el Código civil hoy derogado. Es cierto que la voluntad tenía límites, ejemplo de los cuales eran los artículos 21, 953 y 1167 de dicho Código civil; pero tales limitaciones estaban expresamente determinadas; dicho de otro modo, había límite a los límites. De este extremo, en el que se priorizaba la voluntad individual, en ciertas épocas, el legislador pasó al polo opuesto y adhirió a posiciones «dirigistas», intervencionistas, con leyes de distinta índole y temática, cuyo paradigma fue, en algún tiempo, la normativa relativa a la emergencia locativa. En este movimiento pendular, frente a situaciones determinadas,

el derecho buscó y encontró soluciones para contemporizar los intereses de las partes; por ejemplo, para quienes se encuentran en situación de «explotación», por su situación económica, intelectual, cultural, la lesión subjetiva; o la revisión del *pacta sunt servanda* cuando la situación original ha variado sustancialmente, mediante la teoría de la imprevisión. La incorporación de todas estas figuras jurídicas, en la República Argentina, especialmente a través de la Ley 17.711 abrió el camino para llegar, en el moderno derecho contractual, a la protección del consumidor, categoría jurídica «descubierta» en la segunda mitad del siglo XX.

⁵ LORENZETTI, R. (2002). La excesiva onerosidad sobrevenida en supuestos de emergencia. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Núm. 2002-1, 169; LORENZETTI, R. (2002) La emergencia económica y los contratos. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 239.

⁶ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A. y BORETTO, M. (2017). *Manual de Derecho Privado*. Tomo II. Buenos Aires. EUDEBA - Rubinzal Culzoni, 19.

⁷ Que también tienen presencia en la legislación de otros países, como es el caso del *Common Law* al que nos referiremos brevemente más adelante.

⁸ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A. y BORETTO, M. (2017). *Manual de Derecho Privado*. Tomo II. Buenos Aires. EUDEBA - Rubinzal Culzoni, 218.

⁹ EXNER, A. (1905). *De la fuerza mayor en el derecho mercantil romano y en el actual*. Traducción Emilio Milana y Villagrasa. Madrid. Victoriano Suarez.

¹⁰ CARESTIA, F. en *Código civil y Comercial de la Nación comentado*. (2015) Directores HERRERA, M., CARAMELO, G. y PICASSO, S. Tomo III. Buenos Aires. Ministerio de Justicia, 329.

¹¹ In the common law, an occurrence or event that makes it temporarily impossible to perform the act for which a party has contracted will operate to suspend performance until the impossibility ceases. Then, ordinarily, the parties must perform the contract as originally planned. If the lapse of time and the change in circumstances surrounding the contract make it substantially more burdensome to perform the promised acts, however, the parties will be discharged. The leading case on this subject, *Autry v. Republic Productions*, involved an actor who was drafted into the army in 1942. Being drafted rendered his contract temporarily impossible to perform, and it was suspended until the end of the war. When the actor got out of the army, the value of the dollar had changed that performance of the contract would have been substantially burdensome for him. Therefore, the contract was discharged (MILLER, R. L and CROSS, F. B. (2007). *The legal Environment Today. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*. Fifth edition, 290- 291.

¹² HERNÁNDEZ, C. en *Código civil y Comercial Comentado* (2015) Director Ricardo Lorenzetti. Tomo VI. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 220); BORETTO, M. (2019) Apostillas sobre la revisión contractual: imprevisión y su regulación en el Código civil y Comercial de la Nación. *Revista Código civil y Comercial*. Thomson Reuters. La Ley. Núm. 9 - año V.

¹³ In the common law, occasionally, if circumstances arise after the contract has been held that make performance extremely difficult or costly, courts may allow the contract to be discharged under the doctrine of commercial impracticability (equivalente a la *teoría de la imprevisión del derecho argentino*) or a closely related theory, frustration of purpose (equivalente a la *teoría de la frustración del fin del derecho argentino*). They are «legal excuses». *Commercial impracticability*: Courts will at times excuse performance under a contract when the performance becomes much more difficult or expensive than originally contemplated in the time the contract was formed. For someone to invoke successfully the doctrine of commercial impracticability, however, the anticipated performance must become extremely difficult or costly (Restatement —second— of contracts, sections 265 and 266; UCC 2-615). For example, in one case, a court held that a contract was discharged because a party would have had to pay ten times more than the original estimate to excavate a certain amount of gravel. Caution should be used when invoking commercial

impracticability. The added burden of performing must be extreme and, more important, must not have been within the cognizance of the parties when the contract has made (MILLER, R. L and CROSS, F. B (2007). *The legal Environment Today. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*. Fifth edition, 290).

¹⁴ *Contrato oneroso de renta vitalicia es aquel por el cual alguien, a cambio de un capital o de otra prestación mensurable en dinero, se obliga a pagar una renta en forma periódica a otro, durante la vida de una o más personas humanas ya existentes, designadas en el contrato.*

¹⁵ Also, in the common law, a theory closely linked to the doctrine of commercial impracticability is the *doctrine of frustration of purpose*. In principle, a contract will be discharged if supervening circumstances make it impossible to attain the purpose both parties had in mind when making the contract. The origin of the doctrine comes from the old english «coronation cases». A coronation procession was planned for Edward VII when he became king of England following his mother's death, Queen Victoria. Hotel rooms along the coronation route were rented at exorbitant prices for that day. When the king became ill and the procession was canceled, the purpose of the room contracted was «frustrated». A flurry of lawsuits resulted. Hotel and building owners sought to enforce the room rents bills against would-be parade observers, and would be parade observers sought to be reimbursed for rental paid in advance on the rooms. Would-be parade observers were excused from their duty of payment. It was from this situation that the court developed its theory of recovery known as *frustration of purpose* (MILLER, R. L and CROSS, F. B [2007] *The legal Environment Today. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*. Fifth edition, 290).

¹⁶ BORETTO, M. (2002). *Revisión y frustración del contrato en la locación de cosas*. Buenos Aires. El Derecho. Colección Académica, 28.

¹⁷ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A. y BORETTO, M. (2018). *Manual de Derecho Privado*. Tomo III. Buenos Aires. EUDEBA - Rubinzal Culzoni, 69. Comparando el Derecho argentino con el Common law, cabe destacarse que este ejemplo o supuesto que damos en este párrafo, en el Derecho anglosajón no se resuelve bajo la teoría de la frustración del fin (*frustration of purpose*) sino a la luz de la teoría de la *impossibility of performance* y como caso de «*change in law*» (Restatement —second— of Contracts, section 264). Certain basic types of situations generally qualify to discharge contractual obligations under the doctrine of impossibility of performance. Thus, a change in law renders performance illegal. An example is a contract to build an apartment building, when the local laws are changed to prohibit the construction of residential rental property at this location. This change renders the contract impossible to perform (MILLER, R.L and CROSS, F.B. [2007] *The legal Environment Today. Business in Its Ethical, Regulatory, E-Commerce and International Setting*. Fifth edition, 290).

¹⁸ Esta norma ha sido recientemente modificada por la nueva ley de alquileres 27.551 que dice: «*Frustración del uso o goce de la cosa. Si por causas no imputables al locatario, este se ve impedido de usar o gozar de la cosa, o esta no puede servir para el objeto de la convención, puede pedir la rescisión del contrato, o la cesación del pago del precio por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Si no se viese afectada directa o indirectamente la cosa misma, sus obligaciones continúan como antes.*».

¹⁹ En Argentina, la UVA es un mecanismo que permite actualizar el valor de la prestación según determinados índices ante la inflación existente. Para calcular el *crédito UVA* se debe tener en cuenta que el valor por UVA se actualiza diariamente mediante el Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), al tomar los datos del índice de precios al consumidor (IPC), ya que el índice de precios al consumidor está altamente relacionado con el costo de la construcción, aunque tiene menor volatilidad. El valor de la cuota aumenta al ritmo de la inflación por lo que el salario o los ingresos pueden no aumentar en dicha proporción.

²⁰ DNU es la abreviatura de «Decreto de Necesidad y Urgencia» que es dictado por el Poder Ejecutivo y que necesita ratificación legislativa por parte del Congreso o Parlamento

para gozar de validez constitucional. Según el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Argentina: «El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) *Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso*».

²¹ Artículo 1.º.- MARCO DE EMERGENCIA: El presente decreto se dicta en el marco de la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social establecida por la Ley núm. 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el Decreto núm. 260/20 y su modificatorio, y el Decreto núm. 297/20 que estableció la medida de «aislamiento social, preventivo y obligatorio», y sus normas complementarias. Artículo 2.º.- CONGELAMIENTO DEL VALOR DE LAS CUOTAS: Establécese que, hasta el día 30 de septiembre del año en curso, la cuota mensual de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados con el referido destino por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal, no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año. La misma medida de congelamiento y por el mismo plazo fijado en el párrafo anterior, se aplicará a las cuotas mensuales de los créditos prendarios actualizados por Unidad de Valor Adquisitivo (UVA).

²² De todos modos, en la Argentina está vigente la resolución 203/2013 de la Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC) que modifica la resolución 1532 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos que dice: «Artículo 12º - INCUMPLIMIENTO DE HORARIOS, ITINERARIOS, CANCELACIÓN DE VUELOS Y DENEGACIÓN DE EMBARQUE. a) Si debido a circunstancias operativas, técnicas o de índole comercial, el transportador cancela o demora un vuelo o la entrega de equipaje por más de CUATRO (4) horas, o deniega el embarque porque no puede proporcionar espacio previamente confirmado (overbooking o sobreventa), o no puede hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero, o causa a un pasajero la pérdida de un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada, el pasajero, tendrá el derecho a: 1.- su inclusión obligatoria en el vuelo inmediato posterior del mismo transportador para su destino, o 2.- al endoso de su contrato de transporte, incluyendo conexiones con espacio confirmado, cuando sea aceptable para el pasajero, o 3.- a ser reencaminado por otra ruta hacia el destino indicado en el contrato, por los servicios del transportador o en los servicios de otro transportador, o por otro medio de transporte, en estos últimos casos sujeto a disponibilidad de espacio. Si la suma de la tarifa, el cargo por exceso de equipaje y cualquier otro cargo de servicio aplicable por la nueva ruta es mayor que el valor de reintegro del billete o de la porción aplicable del mismo, el pasajero no abonará ninguna tarifa o cargo adicional y el transportador reintegrará la diferencia si la tarifa y cargos para la ruta reprogramada son menores: 1.- a la compensación por embarque denegado de acuerdo a las regulaciones del transportador, 2.- a la inmediata devolución, si le correspondiere, del precio del contrato de transporte no utilizado y conforme a las modalidades de pago efectuadas. Aquellos pasajeros que, voluntaria y expresamente,

acepten la compensación por embarque denegado y a realizar el transporte en alguna de las condiciones detalladas en este inciso, no tendrán derecho a efectuar ningún tipo de reclamo posterior al transportador; sin perjuicio de ser beneficiados con los servicios incidentales que provea el transportador a su cargo ante esta situación. Asimismo, el transportador proporcionará al pasajero, sin cargo para el mismo, los siguientes servicios incidentales: 1.- comunicación telefónica o cablegráfica al punto de destino y comunicaciones locales, 2.- comidas y refrigerios de conformidad con el tiempo de espera que medie hasta el embarque en otro vuelo, 3.- alojamiento en hotel, en el aeropuerto o en la ciudad, cuando la demora de un vuelo exceda las CUATRO (4) horas y 4.- transporte terrestre desde y hacia el aeropuerto. El transportador quedará exento de proporcionar los mentados servicios incidentales a sus pasajeros en los supuestos en que como consecuencia de circunstancias meteorológicas se cancele o demore el vuelo, se demore la entrega del equipaje, no se pueda hacer escala en el punto de parada-estancia o de destino del pasajero o se pierda un vuelo de conexión para el que tenía una reserva confirmada. No obstante, en estos casos, el transportador deberá arbitrar todos los medios a su alcance a fin de que el pasajero reciba información adecuada y veraz sobre las demoras ocasionadas por dichas circunstancias, hasta tanto suministre o reanude el servicio o sea reencaminado a través de los servicios de otro transportador o medio alternativo de transporte».

*Trabajo recibido el 9-2-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 13-1-2021

BOE 5-2-2021

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA

La calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (art. 9.3). El registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente (cfr. art. 127 del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de 5 de marzo de 2014 y 7 de septiembre de 2015). En el presente caso, se ha emitido una calificación que ha sido rectificadora posteriormente, contrariamente al espíritu del artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, si bien en la rectificación no se han señalado propiamente nuevos defectos, sino que se ha rectificado la fundamentación del defecto advertido, suprimiendo dos párrafos y complementándola con informe gráfico.

Conforme a las previsiones del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. Así, en el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en

cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de dos fincas colindantes. Debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3. Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio art. 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 LH).

Resolución de 14-1-2021

BOE 4-2-2021

Registro de la Propiedad de Corralejo.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199.

De la documentación aportada al expediente tramitado conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, se deduce la existencia de una situación controvertida respecto de la titularidad de la porción de terreno objeto de este recurso. En este sentido se aportaron por el Ayuntamiento de La Oliva y por un colindante diversas sentencias en las que se pone en cuestión la identidad entre la finca registral y su exacta ubicación, rechazándose expresamente una acción reivindicatoria y declarativa del recurrente, precisamente por este motivo. Por su parte, los colindantes invocan, además, una denuncia presentada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de los de Puerto del Rosario por presuntos delitos. En consecuencia, debe confirmarse la calificación.

Resolución de 20-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Orihuela, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Procede una vez más reiterar la doctrina de este Centro Directivo ya consolidada para los supuestos en los que se pretende la inscripción de una representación gráfica alternativa a la catastral y existe una oposición expresa de titulares de fincas colindantes, cuando estos aportan documentos por escrito en apoyo de sus alegaciones (cfr. «Vistos»). Conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción».

Así, en el presente caso resultan identificadas y fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes y posible invasión de una finca colindante. Debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3.

Resolución de 22-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

La LPH atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los 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), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17, que reduce la mayoría necesaria al 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 para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación de índole turística de las viviendas así como para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12.

Esta Dirección General ha entendido que esa norma introducida en la Ley sobre propiedad horizontal por el Real Decreto Ley 7/2019 es aplicable a los acuerdos sobre el alquiler turístico en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de la actividad de uso turístico de viviendas y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial, pero no permite que esa excepción a la norma general de la unanimidad alcance a otros acuerdos relativos a otros usos de la vivienda, como es, por ejemplo, el mero alquiler vacacional (cfr. las Resoluciones de 5 y 16 de junio y 16 de octubre de 2020). En el presente caso el registrador no basa su calificación negativa de la norma estatutaria debatida en que se exceda del ámbito de actividades a que se refiere dicha norma especial sino en que, a su juicio, lo que se permite en esa norma especial es limitar o condicionar, pero no establecer una prohibición absoluta de la actividad de alquiler o explotación de índole turística de las viviendas.

En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley sobre propiedad horizontal, (...) el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que «se limite», es decir, «poner límites a algo», en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa «límite o condicione», la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distin-

tos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios.

Resolución de 22-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Sigüenza.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.* por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017 y la más reciente de 21 de febrero de 2020) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH).

Resolución de 27-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Corcubión-Muros.

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: SUPUESTOS DE DOBLE INMATRICULACIÓN.

La concentración parcelaria consta regulada con detalle en el título VI del Decreto 118/1973, de 12 de enero, por el que se aprueba el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y como señala su artículo 173 tiene como «primordial finalidad la constitución de explotaciones de estructura y dimensiones adecuadas». Por todo ello, como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de septiembre de 1986, la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria es la de una subrogación real o conversión legal caracterizada por la inmutabilidad del elemento subjetivo.

Al coexistir plenamente vigentes, abiertos, y operativos, los folios reales tanto de las fincas de origen como de las fincas de reemplazo, se han producido numerosos supuestos de doble inmatriculación en nuestro sistema registral, y de disociaciones entre los actos y negocios jurídicos que se han venido inscribiendo sobre las fincas de origen, cuyo historial permanece vigente y los actos y negocios jurídicos que se han venido inscribiendo sobre las fincas de reemplazo, lo que resulta obligado por el artículo 235.

Para dar solución a estos supuestos debe tenerse en cuenta el procedimiento regulado en artículo 209 de la Ley Hipotecaria, tras la reforma operada por la Ley 13/2015, dedicado a la regulación de la subsanación de la doble o, en general, múltiple inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales distintos, atribuyendo la competencia para su tramitación y resolución, en línea con el objetivo de desjudicialización, que proclama su exposición de motivos, al registrador del distrito hipotecario en que radique la finca doblemente inmatriculada. Establece el artículo 209: «Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4 del artículo 37 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas, y demás disposiciones concordantes».

En consecuencia, la nota de calificación debe ser revocada. En cuanto al primer defecto, («incongruencia entre la resolución administrativa y la solicitud de cancelación») porque la certificación administrativa es título hábil para resolver este supuesto de hecho como se ha indicado más arriba. En relación con el segundo defecto, («no procede la cancelación de la finca de parcelaria sino de la parte de finca que fue aportada al procedimiento de concentración parcelaria y en su caso la regularización de la titularidad de la finca de resultado de concentración parcelaria») en tanto que existe un error en la interpretación que hace la registradora, ya que lo que procede no es inscribir el terreno a nombre del interesado para luego subsanar la doble inmatriculación así provocada, sino entender que dicho terreno no debe incluirse dentro de la concentración parcelaria, por ser circundante de una vivienda de uso residencial y no una casa de labor o explotación agraria, existiendo acuerdo de los interesados en este punto. Por último, en cuanto al tercer defecto (falta de tracto sucesivo), porque se cumple perfectamente con lo previsto en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ya que el historial que se cancela no es de los titulares registrales de la finca de los que trae causa el promotor del expediente administrativo que continua vigente, sino el de la finca que pertenece al Estado, quien debidamente representado presta expresamente su consentimiento.

Resolución de 27-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Adeje.

COMPLEJOS INMOBILIARIOS: LICENCIA URBANÍSTICA.

En lo que atañe a los complejos inmobiliarios —cuestión que motiva este recurso— y con independencia de las diversas construcciones dogmáticas o doctrinales que se han venido proponiendo al respecto, tras la reforma de la Ley de suelo de 2008 por la Ley 8/2013, de 26 de junio, en el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015, se define legalmente lo que debe entenderse por tales. Dentro de la categoría general del complejo inmobiliario resultan encuadrables muy diversos supuestos concretos, en función de cual sea la configuración física o incluso arquitectónica de esos concretos inmuebles privativos y de los inmuebles o elementos comunes. Y a todos ellos resulta de aplicación ese mismo régimen jurídico esencial, formulado tradicionalmente en el artículo 396 del Código civil desarrollado en la Ley sobre propiedad horizontal. En conclusión, pues, un complejo inmobiliario, es un conjunto de inmuebles, y estos a su vez, pueden ser tanto edificaciones, como partes de edificaciones susceptibles de uso independiente, como porciones de suelo, subsuelo o vuelo, e incluso servicios o instalaciones de naturaleza inmobiliaria. Y dado que la regulación vigente admite expresamente que se pueda constituir un complejo inmobiliario en el que los elementos privativos sean, no solo ni necesariamente edificaciones, sino también «parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales», lo que si carecería de fundamento normativo sería la exigencia de que se describan «*ab initio*» las edificaciones que ulteriormente se construirán en la finca matriz o en cada una de las parcelas independientes.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras

antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Y en el contexto de esta competencia, el artículo 26 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. En este caso ha de tenerse en cuenta, como norma sustantiva, lo dispuesto en el artículo 330 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, según el cual: «1. Están sujetas a previa licencia urbanística municipal las actuaciones que seguidamente se relacionan: (...) h) La constitución y modificación de complejo inmobiliario, salvo en los casos en que legalmente quede exonerada su autorización administrativa».

La constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Debe añadirse que el hecho diferencial que distingue el complejo inmobiliario de la propiedad horizontal tumbada se encuentra en que en esta última se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se mire por donde se mire, lo cierto es que la licencia incorporada a la escritura tiene un concreto y limitado alcance, que se desborda en lo tocante a la constitución del complejo. Tampoco habilita esa constitución del complejo urbanístico la alusión que realiza el recurrente en su escrito en el sentido de que «la razón de ser del complejo es la previsión de un cuarto de telecomunicaciones que será común a las tres fases y que se ubica en la primera», puesto que hay otros mecanismos legales que permitirían satisfacer tal finalidad, como podrían ser las servidumbres constituidas en forma.

Resolución de 27-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, número 2.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: REQUISITOS.

Como cuestión previa, es preciso aclarar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados

por el sustituido. En el presente caso la registradora sustituta ha confirmado la calificación de la registradora sustituida por lo que la presente Resolución, conforme al precepto legal señalado, debe limitarse a revisar la calificación de la registradora sustituida, única legalmente recurrible.

El recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (cfr. arts 66 y 324 LH) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los Tribunales (art. 66 LH).

El efecto esencial del expediente es la transformación de la propiedad, sustituyéndose las fincas aportadas por otras de nueva creación adaptadas a las previsiones legales y de planeamiento, la cesión obligatoria a la administración de los terrenos destinados a usos dotacionales, así como de aquellos terrenos en que se materializa el aprovechamiento correspondiente. El momento en que se produce este efecto legal ha sido fijado por el ordenamiento en la aprobación definitiva por parte de la administración del proyecto de actuación. Delimitada la unidad de transformación urbanística, la reparcelación afecta solamente a los terrenos físicamente incluidos en su ámbito (arts. 71 y 77 del Reglamento de Gestión Urbanística), salvo que se trate de suelos exteriores adscritos (art. 4 del Real Decreto 1093/1997). De ello resulta que, cuando solo una parte de la finca aportada está situada dentro del Sector, sea indispensable una operación previa de formación de la finca que debe integrarse en dicha unidad de ejecución, mediante la segregación de la porción a aportar al sistema de ejecución, operación que será objeto de inscripción en el folio de la finca de origen con carácter previo a la inscripción del Proyecto de Compensación, conforme al artículo 18.1 del Real Decreto 1093/1997. No obstante, el defecto, tal y como ha sido formulado, no puede ser confirmado, ya que del proyecto presentado resulta que estamos ante una rectificación de la extensión superficial atribuida a las fincas de origen, que no precisaría de ningún otro requisito para su constancia registral por ser este —la rectificación de los datos descriptivos de las fincas de origen, entre ellos su superficie— un efecto de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación.

En el supuesto de este expediente tal delimitación perimetral externa se ha llevado a cabo como un trámite más del expediente administrativo correspondiéndose con el perímetro exterior de las fincas resultantes, a través de la correspondiente representación gráfica alternativa, que será comunicada al Catastro a efectos de la asignación por este de las correspondientes referencias catastrales (art. 48 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario). Sin embargo, las incoherencias que plantea la registradora sobre estos terrenos ponen de manifiesto dudas sobre la existencia de operaciones de modificación de entidad hipotecaria para delimitar la unidad de actuación que no están expresamente documentadas, operaciones que en ningún caso pueden entenderse implícitas en la redacción del proyecto.

La presentación o remisión de documentos por correo electrónico a la cuenta de correo del Registro de la Propiedad destinatario no encaja en ninguno de los «medios de presentación» contemplados en el artículo 248 de la Ley Hipotecaria, pues aunque en sentido amplio se pueda considerar que es una modalidad de «remisión telemática», esta concreta modalidad no es la que contempla el número 3 de dicho artículo.

En la mayor parte de las fincas de resultado se observan diferencias de superficie de escasa entidad, de tal forma que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación». Ahora bien, respecto de algunas de las fincas de resultado, conforme al análisis de contraste entre las fincas de resultado y sus respectivas representaciones gráficas que realiza la registradora y que se tratará más adelante, se aprecian diferencias de cabida significativas entre la que consta en el título calificado y la que resulta de su representación gráfica georreferenciada, resultando una exigencia para la incorporación al folio registral de su representación gráfica que se aprecie una correspondencia entre la descripción de la finca que conste en el título y la que resulte de la representación gráfica de la misma que se pretende inscribir.

Debe indicarse que como ya ha señalado este Centro Directivo, la Resolución Conjunta de esta Dirección General y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de octubre de 2015, publicada por Resolución de la Subsecretaría de Justicia de 29 de octubre de 2015 fijó unos requisitos pormenorizados aplicables a las representaciones gráficas que pretenden tener acceso al Registro: deberá contenerse en el fichero informático, en formato GML, previsto en el Anexo de la resolución, cuyos datos deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes cuya inscripción se solicita. El citado fichero habrá de estar firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que haya intervenido en su elaboración, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario o autoridad competente. Además, deberá estar representada sobre la cartografía catastral y respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la misma, precisando las partes afectadas o no afectadas, de modo que el conjunto de todas las parcelas catastrales resultantes respete la delimitación que conste en la cartografía catastral. También debe contener la fecha de realización, los datos del solicitante, la metodología utilizada, los datos de identificación de las parcelas catastrales afectadas, la representación gráfica de cada una de las parcelas resultantes, representadas sobre la cartografía catastral, la superficie obtenida y un listado de coordenadas de sus vértices y declaración del técnico, bajo su responsabilidad, que el trabajo se ha ejecutado cumpliendo las especificaciones técnicas contenidas en la resolución conjunta, siguiendo la metodología especificada, no estar incurso en causa alguna que le impida o limite el ejercicio legítimo de su profesión o de incompatibilidad legal para su realización, así como el cumplimiento todos los requisitos técnicos que se detallan en el número 2 del apartado séptimo de la Resolución Conjunta.

Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. Resolución de 15 de junio de 2016 y 29 de septiembre de 2017), el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Además, resulta esencial para poder iniciar su tramitación que dicho titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con la finca de la que es titular y cuya inscripción se pretende. Conforme a la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General de Catastro de 26 de octubre de 2015, el sistema oficial de referencia de toda representación gráfica que pretenda tener acceso al Registro es la Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias.

Es preciso, por tanto, que se aporte la mencionada escritura de constitución de la Junta de Compensación, cuya inscripción en el Registro de Entidades Ur-

banísticas Colaboradoras adquiere carácter constitutivo, sin que pueda acogerse la alegación de la recurrente de que ya fue aportada al Registro por medio de correo electrónico por las razones expuestas en fundamentos anteriores.

Asimismo se señala como defecto que en la descripción de las fincas en el título se señala la existencia de derechos reales de servidumbre que recaen sobre dos de las fincas de origen, como predio sirviente, entendiendo la registradora que, para hacerlas constar en las fincas de origen, por ser una carga compatible con el planeamiento, deben ser objeto de previa inscripción. Tanto para la cancelación de tales cargas como para su traslado a las fincas resultantes por subrogación real se exige una premisa previa: la inscripción de la carga o derecho en la finca de origen, por lo que su constancia en la certificación administrativa no deja de ser una mención que, como tal, queda excluida de acceder del Registro (arts. 29 y 98 LH y 353 de su Reglamento).

Es evidente que la cesión al Ayuntamiento de los terrenos adjudicados al mismo opera de modo automático con la aprobación definitiva del proyecto, sin que sea necesario requisito alguno de aceptación formal a tal cesión, que no viene exigido por la normativa vigente y que, en todo caso, resultaría del hecho de que es la propia Administración cesionaria la que ha aprobado definitivamente el proyecto y la que libra la certificación administrativa que constituye el título inscribible.

Aunque en el concreto caso de este expediente, no existen parcelas lucrativas adjudicadas al Ayuntamiento, en cuanto a las restantes adquiridas por la Corporación municipal, por imperativo del artículo 27.5 del texto refundido de la Ley de Suelo, debe constar «a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, el carácter demanial o patrimonial de los bienes y, en su caso, su incorporación al patrimonio público de suelo»; lo que también resultará necesaria para la correcta inclusión de las fincas adquiridas en el correspondiente Inventario municipal.

Resolución de 27-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Inca, número 2.

OBRA NUEVA: PORCIÓN DE SUELO OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

En cuanto al modo de proceder en la inscripción de obras nuevas tras la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en varias Resoluciones sobre el ámbito de aplicación del artículo 202 de la Ley Hipotecaria. En cuanto a las dudas que advierte la registradora sobre la ubicación de la edificación respecto a la finca registral, como ha reiterado esta Dirección General, no basta comparar en términos aritméticos las superficies de las edificaciones declaradas con respecto a la de la finca sobre la que se declaran, sino que es preciso comparar las ubicaciones geográficas de aquella con la de ésta. Y no constando inscrita esta última, no es posible efectuar tal comparación geométrica. También ha afirmado esta Dirección General que, aun sin la comparación geométrica de recintos, hipotéticamente podría darse el caso de que, por otros datos descriptivos no georreferenciados, el registrador, ya bajo su responsabilidad, alcanzara la certeza de que esa porción de suelo ocupado por las edificaciones se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca. La

circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela (como sucede en el supuesto de este expediente en cuanto alguno de los elementos constructivos declarados) o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico.

No constituye el objeto de este recurso determinar si para la constancia registral de una declaración de obra nueva finalizada, de la que se aportan las correspondientes coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación obtenidas de la geometría catastral, constituye defecto la falta de coincidencia de la superficie ocupada, que consta en el título, con la que resulta de las coordenadas, existiendo una diferencia de 1,25 metros cuadrados, ya que el notario rectifica ese aspecto para que no haya discordancia.

Resolución de 28-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN CON INTERVENCIÓN DE LA DESHEREDADA QUE CONTRADICE LA CAUSA DE DESHEREDACIÓN.

Para resolver la concreta cuestión que plantea la registradora en su calificación debe recordarse que este Centro Directivo se ha pronunciado recientemente sobre la cuestión de la anulación de las disposiciones testamentarias, si bien referida a la existencia de preterición, en la Resolución de 2 de agosto de 2018. Estas Resoluciones no contradicen la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 20 de mayo de 1898, 30 de junio de 1910, 31 de mayo de 1931, 10 de mayo de 1950 y 14 de agosto de 1959) con arreglo a la cual se admite la validez de la partición por los herederos sin necesidad de la previa declaración de nulidad de la institución en el caso de preterición si concurre acuerdo expreso entre todos los herederos (instituidos y preteridos), ya que para prescindir de la correspondiente acción judicial de nulidad se exige dicho convenio entre los interesados.

A dicha doctrina se ha referido este Centro Directivo también en relación con la desheredación (cfr. Resoluciones de 5 de octubre de 2018, 6 de marzo y 3 de octubre de 2019 y 5 de noviembre de 2020) para recordar que es también doctrina reiterada del mismo, respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción, que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, «a falta de conformidad de todos los afectados», una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial).

El artículo 857 del Código civil establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». Por ello, es doctrina de este Centro Directivo que en los casos en que la causa de desheredación haya sido contradicha sin utilizar la vía judicial, los hijos o descendientes de los desheredados deben ser considerados como «afectados» a los efectos de prestar la conformidad que evite la resolución judicial; y ello porque se produce la extinción de su acción para reclamar la legítima, como consecuencia del acuerdo sobre la falta de certeza de la causa de desheredación.

Resolución de 28-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Alberic.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: INTERPRETACIÓN DE LAS FACULTADES DEL APODERADO. OBRA NUEVA: REQUISITOS.

Como cuestión procedimental previa, el notario recurrente acompaña al escrito del recurso una serie de documentos que no fueron presentados en el Registro al tiempo de emitir la calificación. Por lo tanto, no pudieron ser analizados por el registrador para efectuar la calificación recurrida. En consecuencia, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, ya que este tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Como ha señalado esta Dirección General, a los efectos de la calificación y, en su caso, inscripción en el Registro, los documentos que se aporten (y a salvo las excepciones previstas en la legislación hipotecaria) han de ser públicos (art. 3 LH), condición que no tienen (al no cumplir los requisitos exigidos al efecto por el art. 1216 CC) las simples fotocopias, ya lo sean de documentos judiciales o de cualquier otro tipo de documentos (cfr. la Resolución de 16 de julio de 2015).

La interpretación sistemática del artículo 1285, la usual del 1287, o la más adecuada para que el negocio produzca efectos así como el principio de conservación del negocio del artículo 1284, nos llevan admitir que quien está facultado para declarar una ampliación de obra nueva y vender o enajenar por cualquier título el resultado de la misma, de modo que pueda vender, permutar, enajenar... la finca sobre la que se ha declarado, pueda también declarar el fin de la obra nueva que constaba previamente declarada y que es la que es objeto de ampliación mediante la oportuna acta.

En este caso, en el acta de finalización de obra nueva declarada se incorpora un certificado de final de obra expedido por don J. A. C. M., como arquitecto técnico, colegiado del Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Valencia, y por don A. T. C., como arquitecto colegiado del Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia, visado por el Colegio Profesional de Arquitectos, pero no por el Colegio Profesional de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, y sin que ninguna de las dos firmas esté legitimada notarialmente. En este caso la firma de los técnicos firmantes de la certificación no se encuentra legitimada notarialmente, lo cual es necesario para que se pueda acreditar que efectivamente la certificación fue expedida por quien se dice que la firmó y sin que el visado del colegio profesional correspondiente sirva para suplir la necesidad de legitimación de la firma.

Del propio certificado resulta que la ejecución material de las obras ha sido realizada bajo la inspección y control del arquitecto técnico firmante de dicho certificado y que el arquitecto firmante del mismo es el arquitecto redactor del proyecto, de tal forma que, estando este supuesto comprendido en los dos primeros apartados del artículo 50 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no es preciso visado alguno.

Al contrario de lo que afirma el recurrente, del acta resulta que se ha optado por la constancia de la finalización de una obra nueva declarada por la vía «or-

dinaria» del artículo 28.1 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y que no se trata de una declaración de obra nueva «por antigüedad». Debe recordarse que no es en absoluto indiferente o irrelevante la vía jurídica, de entre las ofrecidas en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, por la que se solicite y obtenga eventualmente la inscripción registral de una edificación terminada.

Estando vigente el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, en el momento del otorgamiento del acta calificada, dicho texto legal deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada, que se analiza a continuación (*vid.* Resolución de 17 de enero de 2012). Incluso tratándose de actas o escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción.

Se acredita en el acta de finalización de las obras que se obtuvo la correspondiente licencia de primera ocupación, de fecha 9 de julio de 2008. Por tanto, dicha licencia reconoce y ampara en el momento de finalización de la obra la aptitud de esta para su uso previsto de vivienda unifamiliar y la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación, tal como establece el artículo 32.1 de la Ley 3/2004 de la Generalitat Valenciana y tal como define la licencia de primera ocupación la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El artículo 33.2 de la Ley 3/2004 exige la renovación de la licencia de ocupación una vez transcurridos diez años desde la obtención de la primera licencia de ocupación, pero solo cuando se produzca la segunda o posteriores transmisiones de la propiedad o cuando sea necesario formalizar un nuevo contrato de suministro de agua, gas o electricidad. No es el caso del acto que se pretende ahora inscribir en el Registro.

Tratándose de una ampliación de obra como la que se declara en la escritura en la que, además de declararse dos construcciones accesorias a la vivienda que antes no existían —una piscina y un paellero— se amplía la superficie construida de la planta baja de la vivienda respecto de la que constaba en el Registro en construcción y cuya finalización se hace constar en el acta —que pasa de ser de 73 metros cuadrados y 11 decímetros cuadrados en la obra nueva original a 166 metros cuadrados tras la ampliación de obra—, lo importante respecto al requisito de «la terminación de la obra en fecha determinada» no es «el año de construcción» que aparece en un recuadro de la certificación catastral expresando que es el año 2008, sino la fecha determinada de la ampliación de obra respecto a las nuevas construcciones adicionales y respecto a la ampliación de construcción de la planta baja de la vivienda ya existente. Por tanto, la solución al presente supuesto podría ser la de aportar certificación del Ayuntamiento, certificación de técnico competente o acta notarial acreditativa de la fecha exacta de la terminación de las obras de ampliación u otra certificación catastral complementaria sobre ese extremo que no aparece suficientemente acreditado por la certificación catastral aportada.

Resolución de 28-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Villagarcía de Arousa.

ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO: CONVERSIÓN EN EJECUTIVO, TIPO DE ASIENTO Y DURACIÓN DE LA ANOTACIÓN.

El embargo preventivo acordado puede confirmarse, convirtiéndose en ejecutivo, modificarse, conforme dispone el artículo 743 del mismo texto legal, o alzarse quedando sin efecto. Dichos preceptos no dictan ninguna norma dirigida al registrador; no se señala un plazo de vigencia especial para la anotación de embargo preventivo, ni se establece la caducidad de la misma, por lo cual se debe aplicar el plazo general de caducidad de las anotaciones establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Acordada la conversión del embargo en definitivo, la anotación publica una garantía diferente aunque conexas con la medida cautelar previa, por lo que debe así mismo conectarse registralmente con la primera a efectos de conservar su prioridad, mediante la oportuna nota marginal de referencia, ya que de otra forma el objetivo de la medida cautelar quedaría estéril. En opinión de este Centro Directivo, esta es la solución más acorde con nuestra legislación hipotecaria, a la que se remite la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé, en general, la práctica de un nuevo asiento principal.

En el presente expediente, la registradora optó por hacer constar la conversión a través de nota marginal. Este Centro Directivo ha entendido que a la nota practicada deben atribuírsele los efectos de la anotación de conversión, computando el plazo de duración de la traba desde la extensión de la nota marginal. Sin embargo, como también ha señalado este mismo Centro Directivo, la prórroga no procede si la anotación estuviese cancelada, pues así lo impone los artículos 1, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria. En este caso, la anotación de embargo cautelar y, junto con ella y dado su carácter accesorio, la nota marginal de conversión, están canceladas desde el 23 de julio de 2019, por lo que no procede su prórroga.

Resolución de 28-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 13.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como cuestión previa debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia hipotecaria, en los recursos, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el registrador, sin que sea admisible que se aporten al interponer el recurso.

Es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

Quiere ello decir que, estando los bienes vendidos inscritos a nombre del causante, no se extenderá inscripción alguna a nombre de sus herederos, ya que estos nada adquieren por haberse enajenado los bienes en vida de aquel, de forma que la inscripción de venta se practicará a nombre del comprador, una vez elevado a público el contrato. En esta elevación es donde es necesaria la intervención de los herederos del vendedor, titular registral. Además, dado que las escrituras en que se reconoce la existencia de un acto o contrato anterior (art. 1224 CC), tienen un evidente valor de reconocimiento de la autenticidad, existencia y contenido del negocio, se requiere, que tratándose de negocios bilaterales o plurilaterales, concurren al otorgamiento de la escritura todos los que en ellos fueron parte o sus herederos, y así ha de deducirse tanto de las reglas generales en materia de contratación (arts. 1261.1 y 1262 CC), como del propio valor unilateral del reconocimiento (cfr. art. 1225).

En el supuesto de este expediente la demanda para la elevación a público del contrato privado de compraventa celebrado se dirige contra la herencia yacente del titular registral. La doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

En el supuesto de este expediente el emplazamiento a la parte demandada se efectúa mediante edictos, al no ser posible su localización. La reciente Sentencia número 26/2020, de 24 de febrero, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha vendido a recoger y concretar su doctrina a propósito de la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución española por las notificaciones por edictos reiterando dicho carácter excepcional.

Resolución de 29-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de León, número 4.

HERENCIA: TÍTULO FORMAL EN LA SUCESIÓN INTESTADA.

De los artículos 2 y 3 de la Ley Hipotecaria se desprende la conocida distinción entre título material y título formal, a efectos del Registro. Título material es el acto, contrato o negocio jurídico que constituye la causa de adquisición del derecho real objeto de inscripción. Título formal es el documento que constituye el vehículo de acceso al Registro, siendo la expresión de la forma auténtica y la prueba de dicho acto o contrato. Trasladando estos conceptos al párrafo primero del artículo 14 de la Ley Hipotecaria, las diferencias entre el testamento y acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato son relevantes para la resolución del supuesto planteado. El testamento —y lo mismo en el contrato

sucesorio— responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico *mortis causa* que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión. Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada, pues dicho título es la Ley. Solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento.

En el concreto supuesto de este expediente, en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia, la viuda basa sus derechos a la sucesión del causante en el llamamiento legal, es decir, que el título material es la ley, por lo que el vehículo formal de acceso al Registro o título formal debería ser un acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato. La registradora señala la inexistencia del mismo y el notario recurrente alega que los hechos notorios para la determinación de ese título material resultan de la misma escritura y del testamento.

En el supuesto presente, el llamamiento ha sido testamentario, por lo que, ante la renuncia de la heredera, se produce el llamamiento legal a favor de la viuda, pero no existe incoada acta de declaración de heredera abintestato, por lo que falta el título formal, si bien, el notario sostiene que este resulta de los hechos acreditados y deducciones legales contenidas en la escritura. Si bien las deducciones del notario son correctas en cuanto al llamamiento de la ley, no se han cumplido esas cautelas que garantizan que concurren los presupuestos en que se basa el llamamiento legal como título material. En definitiva, falta el título formal que plasma y garantiza el título material.

Resolución de 29-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA DE NOTIFICACIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Señala el registrador que se notificó la calificación al presentante el día 28 de agosto de 2020 por correo electrónico a la dirección que dicho presentante había facilitado, y el recurso se presentó el día 26 de octubre de 2020, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de un mes que establece el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Del contenido del informe elevado a esta Dirección General por el registrador no resulta acreditado que la pretendida notificación electrónica se haya ajustado a lo que la normativa expuesta exige para considerarla correctamente realizada. Consecuentemente, la fecha del 28 de agosto de 2020 no puede ser considerada «*dies a quo*» para el cómputo del plazo de interposición del recurso, debiéndose por tanto admitirlo.

Es continua doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene, en consecuencia, por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, ni por tanto la determinación

de la procedencia o no de practicar el traslado del historial registral de una serie de fincas a otro Registro de la Propiedad. Una vez practicado un asiento, este se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien con consentimiento de todos los interesados, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Resolución de 29-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Algete.

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN DE FINCA: ACREDITACIÓN POR ANTIGÜEDAD DE SU LEGALIDAD URBANÍSTICA.

Este Centro Directivo, interpretando dicha corriente jurisprudencial (*vid.* Resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012), ha abordado el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Este último caso de parcelaciones de cierta antigüedad, según se razona, presenta semejanzas con la situación jurídica en que se encuentran las edificaciones que acceden registralmente por la vía del artículo 28.4 de la actual Ley de Suelo que, como prevé el propio precepto, no requiere previa declaración municipal, mas no pueden equipararse completamente, dada la realidad fáctica que presenta la edificación existente, acreditada por certificación técnica, municipal o acta notarial, que por sí demuestra la no ejecución de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística y el carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia, y que pudo motivar ya un pronunciamiento expreso de la Administración descartando la incidencia de los plazos de restablecimiento de legalidad, sin que pueda constatare a efectos registrales.

Para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo — norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

De ningún modo puede entenderse que se defienda la inscripción de divisiones o segregaciones ilegales o sin licencia, pues se exige en todo caso un título administrativo habilitante que permita deducir el reconocimiento expreso por parte de la Administración de la parcelación ya existente, o, en términos del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal la «acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable».

Cuestión distinta es la aplicación de la legislación agraria en materia de unidades mínimas de cultivo y la apreciación de las excepciones a la misma, cuya competencia, como advierte el registrador, es del órgano autonómico. Como ha reiterado este Centro Directivo —*vid.* Resolución de 12 de diciembre de 2019—, corresponde al órgano autonómico competente apreciar si concurre o no las excepciones recogidas en el artículo 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, conforme al cual «cuando se trate de actos de división o segregación de fincas inferiores a la unidad mínima de cultivo, los registradores de la propiedad remitirán copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente».

Resolución de 29-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro de la Propiedad de Villagarcía de Arousa.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: MOTIVOS DE DENEGACIÓN.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Así se deduce igualmente del apartado 4 del artículo 258 de la Ley Hipotecaria que habla de «calificación» del registrador del título entregado o remitido.

Por ello el registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario, lo que concuerda también con el apartado 3 del mismo artículo 420 RH.

Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante ese supuesto, ya que se trata de una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, pues no se identifica ni describe la finca sobre la cual se pretende la rectificación registral ni tampoco los términos en los que dicha rectificación habría de practicarse.

Resolución de 1-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Arona.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La calificación contiene toda la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante (acompañada de informe técnico contradictorio), a lo que se añade exposición razonada y fundamentada que se realiza basada en la consulta a los antecedentes catastrales; quedando, además, perfectamente identificadas las fincas registrales afectadas.

Toda vez que existen dudas que impiden la inscripción de la representación gráfica, podrá acudir al expediente de deslinde regulado en el artículo 200 de la Ley Hipotecaria (tal y como prevé para estos casos el propio art. 199), sin perjuicio de poder acudir al juicio declarativo correspondiente (cfr. art. 198 LH).

Resolución de 3-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Celanova.

DERECHO FORAL GALLEGO: PACTOS SUCESORIO DE MEJORA.

Como ha dicho este Centro Directivo (Resolución de 13 de julio de 2016), entre los pactos sucesorios expresamente admitidos en el artículo 209 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, se encuentran los llamados pactos de mejora regulados en los artículos 214 a 218 de la misma Ley. En cuanto a las distintas posibilidades de configuración de los pactos de mejora, el artículo 215 distingue según el pacto de mejora conlleve o no la entrega de presente de los bienes objeto del mismo al mejorado o adjudicatario. Cuando el pacto de mejora vaya acompañado de la entrega de bienes de presente, el mejorado adquirirá desde ese mismo momento la propiedad de dichos bienes (art. 215) sin necesidad, como regla general, de «traditio» real de los mismos. Como ha quedado expuesto, la posición del mejorado dentro del fenómeno sucesorio es equiparable a la del legatario. Ahora bien, la Ley gallega —salvo en los artículos 205 a 207— no regula los legados, de modo que, conforme al artículo primero párrafo tercero de la Ley, es aplicable en Galicia toda la regulación del Código civil en materia de legados con la única excepción de los artículos 1379 y 1380 al existir en la Ley especial una regulación expresa.

La primera cuestión que hay que aclarar es que el pacto de mejora solo puede hacerse por los ascendientes a favor de los descendientes, tal como resulta del artículo 214 de la citada Ley de Derecho civil de Galicia.

En el caso de mejoras sin entrega de bienes de presente, sentado que, como se ha expuesto antes, la posición del mejorado dentro del fenómeno sucesorio es equiparable a la del legatario, y que por tanto, se trata de disposiciones testamentarias, les son aplicables, por analogía, las normas reguladoras de la sucesión. Por tanto, el legado de cosa ajena, perteneciente a tercero, es el de una cosa que es ajena al disponente cuando hace la mejora y que continúa siéndolo cuando se abre la sucesión. El momento relevante para la calificación de la cosa como propia o ajena es, pues, el de la apertura de la sucesión. Así pues, si la cosa era ajena al momento de la disposición, y el disponente lo sabía, y continuaba siéndolo a la apertura de la sucesión, el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario, y no siéndole posible, a dar a este su justa estimación.

Pero, cuando la mejora es con transmisión actual de bienes de presente, el acto realizado, sin dejar de ser un pacto sucesorio, produce efectos dispositivos actuales y no diferidos, semejantes, en dicho aspecto, a los de una donación *inter vivos*, y debe cumplir los requisitos necesarios para la inscripción de un negocio con tales caracteres. En el supuesto concreto de este expediente, se hacen entregas de bienes de presente, si bien, al no pertenecer estos a la disponente, requiere dicha transmisión del consentimiento de los titulares. Por una parte, la viuda genera la obligación de la entrega que deben hacer dos de los hijos de sus partes indivisas en una finca, y a cambio, entrega a cada uno de ellos otras fincas privativas suyas.

Pues bien, este pacto sucesorio ha sido aceptado por todas las partes afectadas y comprometidas en él, y las obligaciones de entrega que ha generado han sido consentidas y consumadas por todos y cada uno de los implicados e interesados; además existe causa, título y modo, por lo que, debe considerarse válido.

Resolución de 3-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN Y LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.

Esta Dirección General ha tenido que abordar en numerosas ocasiones (cfr., entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de julio de 2017 y 22 de enero, 12 de marzo, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018 y 5 y 11 de abril y 6 de junio de 2019) las cuestiones planteadas por el denominado derecho de transmisión que, en nuestro sistema sucesorio, está recogido en el artículo 1006 del Código civil.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 señaló: «No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herede-

ros transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Por otro lado, y como circunstancia especialmente reseñable en el presente caso, existe como interesada en los derechos sucesorios de uno de los hijos transmisarios una legitimaria en la cuota legal usufructuaria. Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «*ius delationis*» también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1.000-1.º CC). Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el «*ius delationis*». Aunque el transmisario que ejercita positivamente el «*ius delationis*» adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente.

Resolución de 3-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad San Clemente.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO CUANDO EL TRANSMITENTE ES UN AYUNTAMIENTO.

No puede sustentarse la resolución del recurso en documentos que no tuvo a la vista la registradora en el momento de extender la nota de calificación, como resulta, entre otras, de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y el artículo 326 LH.

La reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 RH); segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; y, tercero, el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.ª RH).

Como señaló la Resolución de este Centro Directivo de 11 de julio de 2014, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la materia, dada la labilidad y carácter indeterminado de los conceptos y criterios utilizados por el legislador para determinar la naturaleza de los denominados contratos administrativos especiales, ha resultado casuística y en cierta forma zigzagueante, observándose también falta de sintonía en algunos momentos entre la jurisprudencia emanada en la materia de la Sala de lo Civil y la producida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Supremo. Pero la Sentencia del Alto Tribunal de este último orden (Sala Tercera, Sección Séptima) de 21 de febrero de 2012 ha realizado un esfuerzo de clarificación y armonización, a cuyos criterios y conclusiones debemos atenernos.

De todo lo anterior no se colige, sin embargo, que en el presente caso quede excluida la posibilidad de que la Administración municipal pueda proceder a la resolución unilateral de una cesión o de una compraventa, en el supuesto de concurrir causa legal para ello (en concreto, el incumplimiento del destino de las fincas con la obligación de construir la edificación en que se vaya a desarrollar la actividad comercial y esté en funcionamiento en el plazo de veinticuatro meses a contar desde la finalización de la urbanización) y la potestad exorbitante que la Administración ostenta en base a la legislación patrimonial a la que se remite el texto refundido de la propia Ley de contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto-legislativo 3/2011 (vigente a la fecha del acuerdo de reversión). La Resolución de este Centro Directivo de 26 de marzo de 2008 señaló: «cuando la Administración contienda con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un bien originariamente privado, sin base en el ejercicio de facultades de expropiación forzosa, y concretamente, en relación con la titularidad, adquisición y contenido de la propiedad y demás derechos reales, deberá ser resuelto por el juez ordinario, como consecuencia del principio secular básico en Derecho Administrativo de atribuirse a la jurisdicción ordinaria la defensa del administrado frente a la injerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se ejerciten potestades administrativas, que inexcusablemente tienen que venir atribuidas mediante norma con rango de Ley», atribución legal que en este ámbito de los negocios jurídicos sobre los bienes integrados en el patrimonio municipal del suelo realizó el artículo 34 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del suelo que, como señaló la citada resolución, «admite el acceso al Registro de la Propiedad de las limitaciones, obligaciones, plazos o condiciones, permitiendo que cuando se hayan configurado como causa de resolución, esta [la resolución] se inscribirá en virtud, bien del consentimiento del adquirente, bien del acto unilateral de la Administración titular del patrimonio público de suelo del que proceda la finca enajenada, siempre que dicho acto no sea ya susceptible de recurso ordinario alguno, administrativo o judicial».

Así pues, en cuanto a la notificación y requerimiento al comprador, alega el Ayuntamiento recurrente que tal notificación se cumplimentó con el trámite de audiencia que se recoge en el pliego de condiciones rector de la licitación, en el que se estipula un concreto procedimiento a efectos de aplicar la condición resolutoria prevista en el mismo y sus efectos, el cual incorpora de manera expresa un trámite de audiencia al interesado que se ha verificado en la sustanciación del procedimiento, no mediando por tanto indefensión al respecto. Pues bien, como se ha expuesto, este trámite de audiencia pertenece solo a la fase de preparación y adjudicación del contrato, y siendo que la fase de efectos y extinción, en la que se ubica la de resolución, se ha de regular por normas de Derecho Privado, no se puede más que exigir el cumplimiento establecido de los requisitos señalados

para la misma. Por tanto, no se ha cumplido este requisito necesario para la resolución unilateral de la compraventa.

En cuanto a la consignación del precio satisfecho, es doctrina reiteradísima de la Dirección General de Registros y del Notariado (Vistos) que, para la resolución unilateral de la compraventa por ejercicio de condición resolutoria, se ha de aportar el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.^a RH). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código civil.

Pues bien, la calificación ha exigido la firmeza de la resolución administrativa que sustancia el acuerdo de la resolución, porque se trata de un requisito esencial para practicar el asiento en el Registro que implicaría —en el caso de subsanarse los defectos señalados anteriormente— una mutación jurídico real inmobiliaria. Pero para esto, debe agotarse la vía administrativa del acto o resolución cuya inscripción se pretende. Y eso, como ha señalado la registradora, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios. Así pues, el acto debe poner fin a la vía administrativa y además es necesaria, pero suficiente, la firmeza en dicha vía, ya que con la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda del recurso contencioso-administrativo quedan garantizados los derechos de los titulares registrales.

Resolución de 3-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad Amposta, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: COSTAS PROCESALES.

Como cuestión procedimental previa, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Esto es, el recurso debe resolverse atendiendo únicamente a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de ser otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

La declaración judicial de adquisición por usucapión no puede asimilarse «a priori» o con carácter general a un reconocimiento de derecho que a nadie

perjudica, y no tiene encaje en nuestro sistema de transmisión del dominio eminentemente causalista, ni en el sistema registral español que exige títulos perfectos no claudicantes, así como —desde la perspectiva no solo formal sino también material— un acreditado tracto sucesivo (arts. 20 y 33 LH), ya que precisamente para evitar una transmisión abstracta basada en el mero reconocimiento del dominio por consentimiento de las partes, se requiere una resolución judicial resultante de un procedimiento donde no solo se dé oportunidad de oposición a los demandados sino del que resulte probado el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para el pronunciamiento favorable a las pretensiones del demandante. Esta exigencia entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el citado artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución española.

Aun cuando conste acreditada en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión. Solo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (Resoluciones de 27 de mayo y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014, 5 de marzo de 2015 y demás citadas en los «Vistos»). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. En el supuesto de este expediente, del testimonio de la sentencia presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y consta la notificación edictal, pero no que se haya llevado a cabo una investigación razonable sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de las personas demandadas.

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario (cfr. art. 3 LH y así ha sido confirmado de forma reiterada por esta Dirección General) que solo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro, por lo que tratándose de documentos judiciales, sean resoluciones o diligencias de cualquier índole, el documento a presentar debe ser la ejecutoria, mandamiento o testimonio correspondiente expedido por quien se halle facultado para ello con las formas y solemnidades previstas en las leyes, extremos que no se dan en este caso, ya que la documentación aportada a calificación consiste en meras fotocopias, es decir reproducciones xerográficas de un documento.

Finalmente, respecto de la petición de imposición de las costas de este recurso al registrador debe estimarse competente este Centro Directivo habida cuenta de lo establecido en el artículo 130 del Reglamento Hipotecario, pues, aunque en el presente procedimiento ante esta Dirección General no es preceptiva la

intervención de abogado y procurador ni existen tasas, en cambio sí que pueden ocasionarse otros gastos (p. ej. costes de expedición de copias o testimonios así como cualquier otro desembolso que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de este procedimiento) que, una vez acreditados debidamente, habrán de ser resarcidos (cfr., Resoluciones de esta Dirección General de 13 de marzo de 2008, 29 de octubre de 2015 y 24 de julio de 2019). No obstante, en el presente caso no puede accederse a dicha solicitud, toda vez que en la calificación impugnada es confirmada y no concurren circunstancias que denoten ignorancia inexcusable del registrador.

Resolución de 3-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: MOTIVOS DE DENEGACIÓN.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria. Así se deduce igualmente del apartado 4 del artículo 258 de la Ley Hipotecaria que habla de «calificación» del registrador del título entregado o remitido.

Por ello el registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. Este Centro Directivo ha reiterado que la negativa a la práctica de un asiento de presentación solo debe realizarse cuando el documento cuya constancia registral se solicita sea indudablemente de imposible acceso al Registro. Este es el criterio que ha de presidir la interpretación del referido precepto reglamentario, lo que concuerda también con el apartado 3 del mismo artículo 420 RH.

Es indudable que en el presente expediente se trata claramente de un acta de manifestaciones cuya finalidad no es provocar asiento registral alguno, sino requerir del registrador que deniegue la práctica de la inscripción de un documento —proyecto de reparcelación— todavía no presentado. Por ello debe confirmarse la negativa del registrador a la práctica del asiento de presentación.

Resolución de 4-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Cáceres, número 1.

CONCESIÓN MINERA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Es doctrina de esta Dirección General (véase resoluciones citadas en los «Vistos») que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el

consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria (cfr. arts 1, 40 y 82 LH). Pero, no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (art. 82 LH). Eso es lo que ocurre en los supuestos de caducidad de derecho minero si, a través del oportuno expediente administrativo, queda acreditado que la concesión ha incurrido en causa de caducidad y extinción de conformidad con lo establecido en la Ley.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal.

Específicamente en materia de concesión de derechos mineros, el Reglamento Hipotecario, como explica la registradora en su nota de calificación, exige para cancelar la inscripción por caducidad, la tramitación de un expediente en el que sea oído el titular registral o al menos haya sido citado personalmente y no hubiere comparecido (cfr. art. 186 RH), circunstancias que no se acredita que concurran en el supuesto de hecho de este expediente.

No se puede tampoco aceptar el argumento de que la transmisión del derecho minero es nula. Se trata de una cuestión que una vez practicado el asiento escapa a la calificación registral, debiendo partirse de la salvaguarda judicial de los asientos (art. 1 LH) de manera que solo en procedimiento adecuado dirigido contra el titular registral podrá acreditarse esa circunstancia (cfr. arts. 40 y 82 LH).

Resolución de 4-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Algeciras, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARTÍCULO 144.5 RH. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO Y LEGITIMACIÓN REGISTRAL: NIF DEL TITULAR REGISTRAL.

Este Centro Directivo ha manifestado que el registrador solo puede rechazar la anotación del embargo en aplicación del artículo 144.5 RH, cuando del Registro resultare el carácter de vivienda habitual del bien embargado y no se acreditare que el cónyuge del deudor tiene conocimiento adecuado de ello. Mas si tal carácter no resultare del Registro, no compete al registrador la defensa de los intereses que pudieran estar menoscabados en el procedimiento seguido (véase Resolución de 23 de julio de 2011 y las demás citadas en los «Vistos»).

El segundo defecto debe ser confirmado. Debe acreditarse de manera indubitada que doña I.M. con DNI (...) es la misma persona que doña I.M. con N.I.E (...). El principio de legitimación registral (art. 38 LH) exige que el procedimiento se siga contra el titular registral, y con este objeto, el registrador debe cerciorarse de que se trata de la misma persona que aquella que ha sido demandada.

Resolución de 4-2-2021

BOE 22-2-2021

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LOS ASIENTOS DEL REGISTRO ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecario y de las Resoluciones de este Centro Directivo relativa a la rectificación del Registro parte de un principio esencial y que constituye un pilar básico en nuestro Derecho hipotecario que afirma que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las resoluciones en «Vistos»), la rectificación o cancelación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho.

La comunicación previa a la inmatriculación por vía del artículo 205 no procede en todo caso de colindancia de la finca que se pretende inmatricular con el dominio público, sino solamente en el supuesto indicado o cuando una norma especial así lo prevea (como sucede en la normativa de costas, montes o carreteras). En el caso que nos ocupa, la normativa reguladora de vías pecuarias no contempla esta exigencia. Por todo ello, tal y como se expone en la calificación, se advierte que ha sido correcta la actuación del registrador, dado que el dominio público además de no constar inscrito en el Registro, no resultaba afectado según la cartografía catastral ni según las cartografías disponibles en la aplicación informática registral homologada para el tratamiento de representaciones gráficas.

Resolución de 4-2-2021

BOE 22-2-2021

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA NOTA MARGINAL DE LEGALIZACIÓN DEL LIBRO DE ACTAS ESTÁ BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES.

El artículo 415 del Reglamento Hipotecario se refiere a la desaparición por extravío del libro de actas. La nota marginal de legalización del libro de actas que se extendió, una vez practicada, quedó bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo sus efectos mientras no se declare su invalidez en los términos establecidos en la ley, entre los que no se encuentra este recurso (cfr. art. 1 LH).

Resolución de 5-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Lillo.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CALIFICACIÓN DEL TÍTULO PREVIO Y DE LAS DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (por ejemplo en Resolución de la DGRN de 5 de mayo de 2016), dado que el asiento de presentación se practicó con posterioridad al 1 de noviembre de 2015, resulta aplicable la vigente redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, tras su modificación operada por la Ley 13/2015.

En el presente caso, el título previo de adquisición lo constituye una escritura de aportación de la finca por el esposo a la sociedad de gananciales con su esposa, alegando el citado esposo que «adquirió la finca por herencia de don Á.C.Á., fallecido hace más de treinta años, careciendo de título escrito e inscrito de tal adquisición». Como regla general, esa previa adquisición ya no precisa ser objeto de calificación registral completa ni minuciosa, dado que el artículo 205 de la Ley Hipotecaria solo exige acreditar con título público la última adquisición y la previa del transmitente, pero no las anteriores a esta. Ahora bien, si esa supuesta y alegada adquisición previa del transmitente resultara ser conceptual y jurídicamente incongruente, o imposible, sí puede y debe ser objeto de calificación, como por ejemplo ocurriría si se alegara un título de adquisición conceptualmente nulo de pleno derecho o ineficaz. En el presente caso, la imposibilidad de la adquisición alegada no resulta directamente de la redacción de la escritura, pero sí de los antecedentes que constan inscritos en el Registro de la Propiedad, según los cuales resulta patente la imposibilidad de que don J.F.B.T. haya podido adquirir bienes por herencia de don Á.C.Á., cuando registralmente consta acreditado e inscrito que el único heredero de Á.C.Á. es persona distinta de J.F.B.T.

Igual suerte ha de correr el segundo defecto, relativo a los indicios fundados de que la finca que ahora se pretende inmatricular sea coincidente, al menos en parte, con otra finca que ya consta previamente inmatriculada. Los indicios sobre la posible e incluso probable coincidencia, siquiera parcial, son más que razonables y fundamentados, por lo que procede desestimar el recurso también en cuanto a este extremo.

Resolución de 5-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 44.

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE HIPOTECAS PREVIAS AL CONCURSO.

Se plantea en este recurso si se pueden cancelar determinadas hipotecas anteriores al concurso del titular registral, como consecuencia de la enajenación de una pluralidad de inmuebles aprobada judicialmente, cuando consta la notificación sin oposición, pero no el consentimiento expreso de los titulares de las hipotecas a cancelar.

Como ya señalara la Resolución de este Centro Directivo de 17 de mayo de 2018, teniendo en cuenta el 155.4 LC, actualmente el 210 TRLC, «La realización

en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar».

En la redacción —anterior al Texto refundido de la Ley Concursal— del artículo 149.2 de la misma ley, se introduce un régimen especial si dicha enajenación se lleva a cabo como una unidad productiva. Cuando la transmisión se hace sin subsistencia de la garantía, se distingue según el precio alcance o no el valor de dicha garantía, siendo en este segundo caso necesario que presten su conformidad todos los acreedores con privilegio especial, o, si se trata de la enajenación de una unidad productiva, los acreedores de este tipo que representen el 75% del pasivo de esta naturaleza.

En el caso objeto de este expediente, aunque el párrafo añadido al mandamiento cancelatorio no es un ejemplo de claridad, no se puede obviar lo que resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017. El Alto Tribunal casa la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que la registradora actuó correctamente al exigir que en el mandamiento de cancelación se hicieran constar el cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 155.4 de la Ley Concursal. Pero en ningún caso el Tribunal Supremo cuestiona la decisión de la Audiencia cuando esta afirma en su sentencia: «Del relato de hechos, no discutido, se desprende que hubo intervención y conocimiento de los acreedores titulares de la carga cuya cancelación nos ocupa, de la existencia de un plan de liquidación que contemplaba la venta de la empresa con la totalidad de activos. También lo hubo de que se produjo una única oferta, no mejorada, con determinados compromisos en relación con la continuidad de la actividad empresarial, pero con total ausencia en la asunción de otras cargas, sin más compromisos que los que figuran en el plan de liquidación aprobado, y de que se autorizó la venta y una vez producida se ordenó la oportuna cancelación. En todos esos trámites intervinieron los acreedores llegando a discutir alguna decisión judicial obteniendo las oportunas resoluciones judiciales que ponderaron los intereses en conflicto».

Resulta por tanto legalmente exigido que para cancelar las hipotecas anteriores al concurso del titular registral en la enajenación de los que los acreedores con privilegio especial como son los hipotecarios es preciso que hayan tenido la participación legalmente exigible. Pero resulta que esto —en el supuesto de hecho de este expediente— se ha cumplido según el propio auto de fecha 27 de enero de 2020 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid en su parte dispositiva, en el que se acuerda autorizar la venta de las fincas identificadas en

los antecedentes de este recurso, en los términos y condiciones que en el mismo se establecen, argumentándose a lo largo de la resolución, tanto la valoración de los hechos como la fundamentación jurídica que llevan al juez del concurso a acordar dicha autorización de venta.

Por tanto, si en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 10-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Xirivella.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN.

El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador; pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Esto es, el recurso debe resolverse atendiendo únicamente a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación. Es igualmente doctrina reiterada que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador. El momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

La desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no solo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal, que, si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. En el concreto supuesto de este expediente los desheredados están identificados y eran susceptibles de imputación al tiempo de la desheredación. Pero no se cumple la exigencia de la expresión determinante de al menos una de las causas de desheredación recogidas en el Código civil.

Además, si la falta de concreción de la causa de desheredación en el testamento comporta que esta sea ineficaz, la conclusión debe ser que los dos desheredados han de intervenir en la partición (o debe reconocerse su legítima en la que realice la contadora-partidora), pero no —como afirma la registradora— que deban intervenir los hijos de los descendientes de los desheredados. En el

presente caso, es cierto que al no haber sido contradicha la certeza de la causa de desheredación por el indicado desheredado, sus hijos deben ser considerados como legitimarios, pero su intervención no es imprescindible si se tiene en cuenta que la testadora ha nombrado contadora-partidora con facultades para realizar la partición de la herencia de la que resulte que se ha reconocido la legítima a los herederos forzosos.

Resolución de 10-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz.

HERENCIA: HERENCIA DE UN CAUSANTE DE NACIONALIDAD ESLOVACA.

Conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador; rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Conforme a aquel Derecho —eslovaco—, los notarios liquidan la sucesión, como comisionados del Juzgado territorial competente y expiden un certificado sucesorio o de herencia, que tiene la consideración de resolución judicial. Por ello, para las herencias sometidas al Reglamento (UE) n.º 650/2012, sus certificados se consideran emitidos por Tribunal en base a su artículo 3.2 y circulan entre los Estados miembros participantes en el Reglamento, como resoluciones judiciales (formulario I anexo al Reglamento [UE] n.º 1329/2014, 9 de diciembre). Así ha sido comunicado por Eslovaquia a la Comisión con base en el artículo 79 de la norma europea. Todo ello sin precisar apostilla o legalización (art. 74 del Reglamento [UE] n.º 650/2012). Como se indicó entonces, el certificado de herencia se expide en 2011, año del fallecimiento del causante, previo como se ha señalado a la aplicación del Reglamento, el día 17 de agosto de 2015. Se acompaña de una certificación apostillada, como documento notarial, y traducida de la legislación sucesoria vigente al tiempo del fallecimiento del causante.

Ciertamente sin consideración de la subsanación de 21 de octubre de 2020, que no fue presentada para su calificación, los motivos del defecto señalado son concluyentes: no está testimoniada la apostilla original del certificado de ley del Ministerio de Justicia eslovaco; y con la errónea traducción que se incorpora, no es posible que las Autoridades eslovacas autoricen la apostilla checa, ni se admite que la apostilla sea checa. Por lo tanto, tratándose de sucesión abierta antes de la aplicación del Reglamento (UE) n.º 650/2012, debe quedar acreditada la legalización o apostilla ante autoridad competente de todo documento, expedido por autoridad pública extranjera, no exceptuado por Convenio internacional, que se presente a inscripción en materia de sucesiones.

En defecto de norma convencional, la prueba del Derecho extranjero ha sido objeto de regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 de agosto de 2015). El régimen de la prueba del Derecho extranjero por órganos jurisdiccionales queda regulado en el artículo 33 de dicha ley, que no modifica ni afecta las reglas específicas sobre aplicación extrajudicial, en particular al artículo 36 del Reglamento Hipotecario. Coherentemente con lo indicado en el transcrito artículo 36 del Reglamento Hipotecario, la acreditación del derecho extranjero se debe realizar,

en primer lugar, ante el notario autorizante del documento; que hará el correspondiente juicio de ley con base en su convencimiento por la prueba practicada. Si el registrador disiente, deberá motivar expresamente las razones por afirmar conocer, también bajo su responsabilidad, la legislación extranjera aplicable y, no habiéndose desvirtuado tal afirmación, el registrador ha de pasar por ella, lo que trae consigo la pertinencia de la inscripción. Por otro lado, al igual que en sede judicial, se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

La certificación sucesoria del Derecho eslovaco no se ha impugnado y alcanzó el rango de «Decreto firme». La «Certificación de herencia» o certificado sucesorio se limita a adjudicar el bien radicado en Eslovaquia y a considerar a la viuda «heredera forzosa». Según el Derecho eslovaco acreditado y comprobado, las normas sobre sucesiones se regulan en los artículos 460, 461, de los 473 al 475, y 481 y 484 de la Ley 40/1964 (de Eslovaquia), de 26 de febrero de 1964, y modificaciones posteriores de la Ley del Consejo Nacional de la República Eslovaca, sobre Código civil eslovaco. En los artículos 473 a 475 de ese Código civil se fija el orden de sucesión, del cual resulta que, a falta de descendientes, hereda el cónyuge viudo.

La cuestión que hay resolver ahora es la competencia del notario español para la adjudicación de la herencia respecto de la finca sita en España. Debe estimarse la posibilidad de que el notario autorice la adjudicación de la herencia conforme a las normas españolas y con el título sucesorio abintestato generado en su caso en Eslovaquia. Esta estimación es coherente con la aplicación de la *lex rei sitae*, en cuanto como ha señalado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2017, Píringier, corresponde a las autoridades de la *lex rei sitae* (situación del Registro) determinar los títulos válidos para la inscripción y por tanto los procedimientos notariales aplicables.

En consecuencia, la situación es la siguiente. Los notarios-comisarios eslovacos carecen de competencias para liquidar las herencias internacionales, en cuanto se remite el Derecho eslovaco (previo al Reglamento de sucesiones) a la *lex rei sitae*. Del certificado sucesorio nacional, expedido con base en el testamento, resulta que parte del carácter de heredero legal (forzoso) de la esposa, (segunda categoría en su Derecho sucesorio), siendo posible en aquel ordenamiento la concurrencia de la herencia testada e intestada. El otorgamiento del testamento, claramente, se fundó en el deseo del causante de favorecer como beneficiario testamentario a quien no es su pariente sino hijo de su esposa, por lo que no heredaría sin la disposición *mortis causa*.

La cuestión a decidir se refiere por tanto a si debe exigirse la realización de un acta de declaración de herederos *mortis causa* complementaria conforme al artículo 55 de la Ley del Notariado, en el lugar en que se sitúa el bien en España o si por el contrario cabría realizar un juicio de equivalencia formal y material del certificado sucesorio eslovaco al amparo de la disposición adicional tercera de la Ley 15/2015 y subsidiariamente de los artículos 56, 56 y 60 de la Ley 29/2015. Se considera más adecuado proceder por parte del notario y del registrador españoles a la labor de equivalencia funcional de los documentos, que en todo caso de fallecer el causante con posterioridad al 17 de agosto de 2015 sería de obligada realización, al basarse el Reglamento.

La finca consta inscrita en el Registro a nombre de la recurrente con arreglo a su régimen económico matrimonial eslovaco. En la escritura y su subsanación, se ha aclarado que el régimen económico matrimonial de doña DT era de co-

munidad universal de bienes, y que no es capitular, y, por tanto, es el supletorio de Eslovaquia. Los artículos 67 y 143 del Código de derecho Civil de Eslovaquia disponen que los cónyuges tienen como régimen supletorio legal el de «una copropiedad indivisa de la comunidad de bienes», lo que significa que las participaciones de propiedad de los cónyuges no se determinan cuantitativamente; en definitiva, una comunidad universal de bienes.

Resolución de 10-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Purchena.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: IDENTIFICACIÓN DE LOS OTORGANTES DE LA ESCRITURA.

En nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 de la Ley del Notariado). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro. Al «dar fe de conocimiento» o «dar fe de la identidad» de los otorgantes (cfr., respectivamente, arts. 23 y 17 bis de la Ley del Notariado), el notario no realiza propiamente una afirmación absoluta de un hecho sino que emite un juicio de identidad, consistente en la individualización del otorgante bien por conocerlo el notario (es decir, por llegar a tener la convicción racional de que es la persona que dice ser y por tal es tenido en la vida ordinaria, de suerte que se trata de un juicio de notoriedad sobre su identidad), o bien por la identificación mediante documentos u otros medios supletorios legalmente establecidos.

El problema que se plantea en el presente expediente no es propiamente el de la identificación de la sociedad vendedora como sujeto de la relación jurídico inmobiliaria sino más bien el de la eventual discrepancia entre uno de los datos de su identificación que constan en la escritura calificada y el que figura en el asiento registral, algo que puede calificar al registrador. Pero lo anterior no justifica que en cualquier caso de discordancia, por ligera que esta sea, deba rechazarse la inscripción. En el caso al que se refiere la calificación impugnada, es evidente que de todo el contenido de la escritura calificada se desprenden los datos necesarios para salvar la discrepancia a la que se refiere al registrador.

Resolución de 11-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. MENCIONES DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN SEPARADA: NO SE RECOGEN EN LOS ASIENTOS REGISTRALES.

Es indudable que, con base en lo expuesto, solo cabe interponer recurso ante esta Dirección General cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina

de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, la forma en la que se ha practicado un asiento. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Indudablemente, cabe en el expediente de recurso analizar si la calificación registral negativa es sustantiva y formalmente correcta. En los casos en que la nota de calificación es totalmente insuficiente, puede ser revocada por este Centro Directivo, lo que no obsta a que se pueda emitir una nueva nota de calificación con los debidos requisitos formales, sin perjuicio de la eventual responsabilidad en que pudiera incurrirse por contradecir la exigencia legal de que la calificación sea global, unitaria y motivada.

La simple mención, indicación o reseña de derechos que, por su naturaleza, podrían ser inscritos separadamente no ha de tener trascendencia alguna; de ahí que disponga el artículo 98 de la misma Ley que las menciones no tendrán la consideración de gravámenes y serán canceladas por el registrador a instancia de parte interesada; cancelación que, a su vez, se encuentra enormemente facilitada por el artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario. En el caso que nos ocupa, la indicación que en la descripción de la finca se hace en el título presentado a que pertenece a un régimen de propiedad horizontal que no se encuentra constituido ni inscrito, es evidentemente una mención en el sentido técnico-hipotecario antes expuesto. Finalmente, deben desestimarse las alegaciones del recurrente relativas a que la pertenencia a un régimen de propiedad horizontal se trata de una circunstancia descriptiva relativa a la naturaleza de la finca.

Resolución de 11-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Amposta, número 2.

BIENES GANANCIALES: EMBARGO Y EJECUCIÓN POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR UNO DE LOS CÓNYUGES.

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.

En los regímenes de comunidad de tipo germánico (como es el caso del de gananciales del Código civil o del consorcial aragonés) las deudas no las contrae la comunidad, porque carece de personalidad jurídica. Las reglas generales sobre la ejecución de bienes comunes en los regímenes de comunidad (como es el caso del régimen consorcial aragonés) vienen establecidas en el artículo 541 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 144.1 del Reglamento Hipotecario. De igual forma, el artículo 103.2 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, prevé

que la diligencia de embargo se notifique al deudor y a su cónyuge. De estos artículos se desprende que en el caso de bienes comunes será necesario para la correcta integración de la legitimación pasiva en el procedimiento y para evitar la indefensión de los titulares de esos bienes, que el procedimiento se dirija contra ambos cónyuges o que, caso de que se entable contra uno solo, al otro se le notifique el embargo, a fin de que pueda ejercer los derechos que la normativa expuesta le reconoce.

En el presente caso resulta del texto de la anotación preventiva letra I que motiva la ejecución que ha provocado la adjudicación que ahora es objeto de calificación, practicada el 8 de enero de 2020, que la diligencia de embargo fue dictada el día 13 de noviembre de 2019 por el jefe de la Unidad de Recaudación Ejecutiva de la Tesorería General de la Seguridad Social y que fue notificada a la deudora y a su cónyuge don F.A.M.L. Consecuentemente, el marido de la deudora contra la que se ha seguido el procedimiento ha tenido oportunidad de ejercer todos los derechos y acciones que la ley le reconoce y no puede alegarse que haya sufrido indefensión.

Resolución de 11-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

HIPOTECA: TASACIÓN A EFECTOS DE SUBASTA DESCONTANDO EL IMPORTE DE LAS CARGAS PREFERENTES.

Se discute en este expediente, si es posible inscribir una escritura de constitución unilateral de hipoteca en favor de un particular, en garantía de una deuda reconocida por el hipotecante en favor del mismo, en la cual se pacta la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución judicial directa de la hipoteca y a la venta extrajudicial de la misma, a cuyos efectos se establece como valor de la finca hipotecada, para que sirva de tipo en la subasta, una equivalente a su valor de tasación, que resulta de certificado de tasación en vigor emitido por entidad homologada que se protocoliza en la escritura, pero minorado el importe pendiente por capital de los préstamos hipotecarios que gravan la finca objeto de la hipoteca.

Queda, por otro lado, fuera de toda duda, como señaló la Resolución antes citada de 29 de octubre de 2013 y reiteraron las de 24 de marzo de 2014 y 7 de octubre de 2015, 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 o bien 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 tasen la finca para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior, en ningún caso, al 75 por cien (hoy al 100 por cien) del valor señalado en la tasación realizada conforme a la citada ley. Y ello aun en el caso de que la hipoteca se constituyese a favor de una persona física o jurídica distinta de las entidades financieras. Ahora bien, en los préstamos hipotecarios concedidos por entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas pudiendo

ser realizadas por entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasar.

Todo lo anterior lleva a la conclusión en el caso de este expediente de que es necesario, para poder inscribir el pacto de la escritura de constitución unilateral de hipoteca que contiene la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución judicial directa de la hipoteca o a la venta extrajudicial de la misma, que el valor en que se tasa la finca hipotecada para que sirva de tipo en la subasta no sea inferior al valor que resulta del certificado de tasación que se protocoliza en la escritura, sin que se pueda atender a ninguno de los argumentos del recurrente.

Finalmente, no se puede admitir como alega el recurrente que se fije como valor de tasación para subasta para el procedimiento de ejecución judicial directa de la hipoteca y para la venta extrajudicial de la misma el valor que resulta del certificado de tasación pero descontando del mismo el importe de las cargas anteriores que figuran en el Registro, como prevé para la ejecución ordinaria el artículo 666.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque precisamente una de las diferencias entre ambos procedimientos es que mientras en el procedimiento de ejecución ordinaria debe cumplirse como trámite esencial la valoración de los bienes embargados (cfr. arts 637 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en el procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados, como se deduce del artículo 579 de dicha Ley de Enjuiciamiento Civil por su remisión a los artículos 681 y siguientes, dicho trámite no es preciso. Así lo reconoce también, de manera paradójica, el propio recurrente en su escrito de recurso.

Resolución de 11-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Navahermosa.

VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL INDICATIVA DE QUE LA FINCA ESTÁ PENDIENTE DE DESLINDE.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Así, en el procedimiento de deslinde previsto en la Ley 33/2003 de 3 de noviembre (cfr. art. 52), se contempla la publicidad registral una vez iniciado dicho procedimiento. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total.

Debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. No obstante lo anterior, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* Resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Los efectos de la inscripción de la base gráfica, ya sea catastral, o alternativa una vez coordinada con Catastro, se recogen en el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria que establece que: «Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real».

Por tanto, procede confirmar la calificación del registrador en el sentido de que no puede hacerse constar en el Registro que una finca está pendiente de deslinde, sin haberse incoado el oportuno expediente de deslinde con intervención del titular registral.

Resolución de 11-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

HIPOTECA: CANCELACIÓN CUANDO UN CRÉDITO HIPOTECARIO SE HA CEDIDO A TERCERO SIN CONSTAR LA NOTIFICACIÓN AL DEUDOR.

Debe reiterarse la doctrina de este Centro Directivo (véase resoluciones citadas en «Vistos») en relación con la posibilidad de practicar la cancelación de hipoteca otorgada por el inicial acreedor, cuando se ha formalizado la escritura de cesión de ese mismo crédito hipotecario estando el crédito ya pagado con anterioridad y no hay constancia registral de la notificación de la cesión al deudor.

Debe destacarse que este artículo 151 hace responsable al cedente de la falta de conocimiento de la cesión de los perjuicios que deba sufrir el cesionario, no el deudor. Es decir, los perjuicios recaen sobre el cesionario, no sobre el deudor.

De ahí que interese al cesionario dar conocimiento de la cesión al deudor. En armonía con este mismo precepto, el artículo 176 del Reglamento Hipotecario dispone que «la inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y este pagare al cedente, podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley», lo que constituye una excepción al principio de tracto sucesivo (art. 20 LH).

Resolución de 11-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro de la Propiedad de Alhama de Murcia.

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE HIPOTECAS ANTERIORES AL CONCURSO.

Resulta incontestable que es competencia y obligación del registrador de la propiedad comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el registro cuya cancelación se ordena por el tribunal.

Resulta legalmente exigido por lo establecido en el artículo 210 TRLC que para cancelar las hipotecas anteriores al concurso del titular registral en la enajenación de los que los acreedores con privilegio especial como son los hipotecarios es preciso que hayan tenido la participación legalmente exigible.

Por tanto, si en el procedimiento judicial se ha considerado que se han cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiendo que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Alcaraz.

NOTA MARGINAL DE POSIBLE AFECTACIÓN POR UN FUTURO DESLINDE: PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL.

Es preciso recordar que el registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

En el presente recurso debe decidirse si puede accederse a la práctica de una nota marginal por la que la Consejería de Agricultura, Medio Ambiente y Desarrollo Rural de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha pretende que se haga constar en relación con una concreta finca registral, que colinda con

una vía pecuaria clasificada que no está deslindada, y que en un futuro deslinda la posesión de la totalidad o parte de la finca podría ser atribuida a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Por lo que se refiere a la cuestión de fondo planteada, tal y como señaló esta Dirección General en las Resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Por ello las Administraciones públicas disponen en la actualidad de dos herramientas para conseguir la tutela y protección del dominio público a través del Registro de la Propiedad. En primer lugar, según se establece en la legislación sobre el patrimonio público, cumpliendo con la obligación impuesta a todas las Administraciones para que inscriban sus bienes, tanto los patrimoniales como los de dominio público, en el Registro de la Propiedad. Y, en segundo lugar, facilitando al Registro de la Propiedad la información gráfica de los bienes demaniales, para que el registrador pueda incorporarla a su aplicación informática de tratamiento de bases gráficas y así poder tenerla en cuenta en su función calificadora incluso en los casos en que dichos bienes no estén inscritos a nombre de la respectiva Administración pública.

Asimismo debe recordarse, como se indicó en la Resolución de esta Dirección General de 19 de julio de 2018, que la falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. Entre la presunción de la legalidad que protege los actos administrativos y la legitimación derivada del Registro de la Propiedad debe, en el caso contemplado, concederse preferencia a esta última puesto que la indeterminación en los límites de ambas propiedades colindantes es únicamente imputable a la Administración al haber dejado de practicar las operaciones de deslinde y amojonamiento posteriores a la clasificación de la vía pecuaria que le impone las normas legales y reglamentarias citadas.

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9.

VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA: NO SE APLICA EL ARTÍCULO 1320 DEL CÓDIGO CIVIL A LA VENTA DE LA NUDA PROPIEDAD.

Respecto de las alegaciones del recurrente relativas a la falta de motivación de la calificación impugnada, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo según la cual cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, conforme a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. En este caso la cuestión planteada en dicha calificación ha podido ser objeto de alegaciones suficientes por el recurrente para su defensa, y por ello procede entrar en el fondo del asunto.

Es principio rector del matrimonio aquel según el cual los cónyuges deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (art. 70 CC). El matrimonio implica una comunidad de vida que, como regla general, se traduce en una «comunidad de vivienda». Sin embargo, a veces, por razones profesionales, laborales, médicas, de atención a familiares u otras de naturaleza análoga, esa comunidad de vida no comporta comunidad de vivienda.

En relación con la interpretación del artículo 1320 del Código civil, el consentimiento requerido para el acto de disposición es exclusivamente el del cónyuge del titular de esa vivienda o del derecho sobre ella y no el de los hijos. La oposición de los hijos que convivan con sus progenitores y con los demás hermanos en esa vivienda, incluso aunque sean mayores de edad, es irrelevante por completo. La Ley no requiere la participación de los hijos en la prestación del consentimiento, viva ya el otro cónyuge o haya fallecido ya. Es indiferente cuál de los dos cónyuges sea el propietario o el titular del derecho sobre la vivienda (así lo consideró el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1994). Es indiferente la fecha en que la hubiera adquirido la vivienda o el derecho sobre ella. Según el artículo 91 RH es necesario que el cónyuge disponente manifieste en la escritura que tal vivienda no constituye la vivienda habitual de la familia (salvo que se justifique fehacientemente de otro modo que la vivienda transmitida no es la habitual de la familia), pues, de lo contrario, es obligado que medie el consentimiento de su consorte, o la pertinente autorización judicial supletoria.

Debe tenerse en cuenta que no todo acto de disposición sobre la vivienda familiar exige el consentimiento del otro cónyuge. Se requiere que el acto de disposición afecte a la vivienda habitual. Con este adjetivo, la Ley realiza una fundamental exclusión en la que conviene reparar. Se ha defendido que la solución más conveniente sería considerar como vivienda familiar el objeto del domicilio conyugal, entendiendo como tal el centro de las relaciones familiares y sociales del matrimonio, con especial atención al lugar donde residen habitualmente los hijos menores, si los hay.

La disposición y enajenación de derechos que no impliquen la limitación del uso de la vivienda, han de entenderse fuera del supuesto contemplado por la norma. En el concreto supuesto de este expediente, se dispone de la nuda propiedad, manteniéndose «la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que le habilita para el goce y disfrute de la vivienda» por lo que no se conculca la finalidad práctica de esta norma, que es impedir que los actos unilaterales del cónyuge titular con carácter privativo puedan provocar el desalojo del hogar familiar.

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Iznalloz.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS CREADOS *AD HOC* DE FORMA ARTIFICIOSA.

Es doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la Resolución de 29 de mayo de 2014) que no supone una extralimitación competencial que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «*ad hoc*» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

De este modo se ha reiterado por este Centro Directivo que el registrador puede detener la inmatriculación cuando estime la instrumentalidad de los títulos, si bien esta última afirmación ha de entenderse en sus justos términos, pues deberá analizarse el conjunto de circunstancias que concurren en cada caso —y muy especialmente el iter documental seguido— para comprobar si existe o no una fundada sospecha y no una mera suposición o conjetura.

En este caso no concurren los elementos necesarios para poder inferir la creación instrumental de documentación «*ad hoc*» para procurar la inmatriculación eludiendo los requisitos legales (ni la coetaneidad o proximidad de ambos negocios, ni la inexistencia de título original de adquisición), pues existe doble título traslativo público, han pasado trece años entre ambas transmisiones —que es el criterio fijado legalmente al efecto—; y, aunque termina siendo titular quien inicialmente realizó el negocio de atribución patrimonial, es indudable que no puede entenderse que la liquidación de gananciales, como consecuencia del divorcio transcurridos los años indicados, se haya realizado con la mera finalidad de conseguir la inmatriculación de la finca. A lo que debe añadirse que la exención fiscal de la aportación a la sociedad de gananciales tampoco es elemento suficiente para deducir la existencia de creación instrumental, elusiva y fraudulenta, de documentación «*ad hoc*» (véase la Resolución de 5 de septiembre de 2018).

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Torrent, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

La cuestión planteada debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones citadas en «Vistos»), que, en aplicación del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». En la misma línea los artículos 685 y 686 LEC. Por tanto, de la dicción de estos preceptos legales resulta que es necesaria tanto la demanda como el requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la Ley Hipotecaria que lo han acreditado aquellos que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas, quienes, en virtud del principio constitucional de tutela judicial efectiva, y por aparecer protegidos por el Registro, han de ser emplazados de forma legal en el procedimiento.

De conformidad con la doctrina del TC el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada. Diferente tratamiento habría de darse al caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se hubiera producido una vez interpuesta la demanda frente al que hasta entonces era titular registral

y con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de dominio y cargas, momento en que queda consignado registralmente el comienzo del procedimiento, en cuyo caso resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el presente caso, como bien resulta del resumen de los hechos e hitos procesales expuestos, queda claro que el tercer poseedor adquirió e inscribió su dominio sobre las fincas en cuestión con bastante antelación a la interposición de la demanda (más de tres años). La única comunicación que recibe el tercer poseedor tiene lugar con posterioridad a la celebración de la subasta, quedando así privado de la oportunidad de participar; contradictoriamente, en la fase de ejecución de este procedimiento especial.

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Alicante, número 3.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La registradora deniega la inscripción de la representación gráfica, antes de iniciar el procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, por albergar dudas sobre la identidad del exceso, basadas en la existencia de previas segregaciones en la finca y en la magnitud del exceso, concluyendo que no aprecia correspondencia de la representación gráfica con la finca registral y que se encubre en realidad operaciones de modificación de entidades hipotecarias.

En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en todo caso será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts 199 y 201 de la LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En primer lugar, por esta Dirección General se ha afirmado que por la existencia de una previa operación de modificación de entidades hipotecarias no puede negarse la posibilidad de rectificar con posterioridad la descripción de las fincas resultantes, siempre y cuando se cumplan los requisitos y procedimientos contemplados para ello en la Ley Hipotecaria. Por otro lado, el procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos, pues, por una parte, la redacción legal no introduce ninguna restricción cuantitativa ni cualitativa al respecto, y por otra, los importantes requisitos, trámites y garantías de que está dotado tal procedimiento justifican plenamente esta interpretación sobre su ámbito de aplicación.

Esta Dirección General tiene proclamado que solo procede denegar el inicio del expediente previsto en el artículo 199, cuando de manera palmaria y evidente resulta improcedente, evitando, de este modo, los costes que generan su tramitación. Pero no siendo palmaria, ni evidente, la improcedencia del inicio del expediente previsto en el artículo 199, lo adecuado es iniciarlo, practicar todas

las pruebas y trámites previstos en dicho precepto y proceder a su calificación a su conclusión.

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Gandía, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA CUANDO ESTA SE FORMÓ POR REPARCELACIÓN.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

En el expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria en todo caso será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el presente caso, la registradora en la nota de calificación señala que «resultan incongruentes las coordenadas georreferenciadas que resultan del informe técnico y del informe de validación en catastro, con la superficie que resulta del título y con la licencia de parcelación». Esto, por sí solo, no puede considerarse suficiente para impedir la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. En caso de dudas de invasión del dominio público, resulta esencial la comunicación a la Administración titular del dominio público afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión. En el caso de este expediente, si bien es cierto que, atendiendo a la deficiente redacción del certificado municipal, puede calificarse el mismo de ambiguo, lo cierto es que se pronuncia expresamente en sentido negativo y no expresa que pueda existir invasión demanial.

Opone también la registradora una posible invasión de fincas colindantes. Del contenido de la nota de calificación no resulta indicado respecto de qué lindero podría originarse tal circunstancia, ni las causas por las que han surgido las dudas a la registradora.

La disposición del artículo 201.1, letra e), de la Ley Hipotecaria no permite la tramitación del expediente regulado en dicho precepto para la rectificación descriptiva de fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, exigiendo en tal caso la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Aunque esta previsión no se contenga en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, la identidad de ambos procedimientos en cuanto a su finalidad de lograr la rectificación descriptiva de una finca registral, hace aplicable analógicamente la norma citada al expediente del artículo 199. Esto no obstante, esta Dirección General, para un

supuesto de fincas inscritas procedentes de un procedimiento de concentración parcelaria, consideró debe admitirse igualmente que en una inscripción posterior se rectifique la descripción cuando no existe duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación.

Expuesto lo anterior y por tratarse de una representación gráfica georreferenciada alternativa, lo procedente sería dar inicio al expediente regulado en el artículo 199.2 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA DEL CARÁCTER REAL DE LA PREFERENCIA CREDITICIA EX ARTÍCULO 9.1, E LPH.

El criterio del «*numerus clausus*», es decir, que no pueden practicarse otras anotaciones preventivas que las que prevé expresamente la ley (art. 42.10.º LH), constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas, aunque con importantes matizaciones. Especialmente controvertido ha sido la aplicación de este principio general al caso de la anotación de demanda. El artículo 42 de la Ley Hipotecaria dispone: «Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: Primero. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real». La doctrina de este Centro Directivo, recogida en las resoluciones relacionadas en los «Vistos», ha ido perfilando el ámbito de este tipo de anotaciones, hasta llegar a concluir que dicho precepto da cobertura, no solo a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que la demanda ejercite una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciará directamente una alteración registral.

La redacción actual del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal distingue en párrafos separados la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. Respecto de la preferencia de las deudas derivadas del impago de cuotas de la Propiedad Horizontal frente a otros créditos, este Centro Directivo ha admitido que, pese a las dudas doctrinales que se han suscitado sobre su naturaleza, procede la constancia en el asiento de anotación preventiva de demanda del carácter real de dicha preferencia, siempre que resulte de un procedimiento judicial en el que hubieran sido parte todos los interesados. La resolución judicial dimanante del procedimiento fijará el momento desde el que retrotraer la preferencia, concretándolo únicamente en la parte vencida de la anualidad en curso más las que se deban de los tres últimos años inmediatamente anteriores. En el presente expediente el objeto del procedimiento del que resulta el mandamiento de anotación de demanda es una reclamación de cantidad que efectúa una comunidad de propietarios por las cuotas impagadas de un apartamento del edificio. No hay referencia alguna a la existencia de acreedores

anteriores frente a los que se quiera hacer valer la preferencia recogida en el artículo 9 de la Ley sobre propiedad horizontal.

Por otro lado, advierte la registradora en la nota de calificación que no obstante el acuerdo denegatorio, la demanda se dirige contra los ignorados herederos y/o herencia yacente del fallecido don S. A. J. y que atendido el llamamiento genérico, sin que conste emplazamiento alguno en la persona de un albacea o administrador judicial de la herencia yacente y sin que resulte que se ha demandado a un posible heredero que pueda actuar en el proceso en nombre de los ausentes o desconocidos, es preciso el nombramiento e intervención de un defensor judicial de la herencia yacente.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

Resolución de 19-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Valdepeñas.

HERENCIA: FUNCIÓN NOTARIAL EN LA DESIGNACIÓN DE CONTADOR PARTIDOR DATIVO Y EN LA APROBACIÓN DE LA PARTICIÓN POR ÉL REALIZADA.

El objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador; pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

Debe tenerse en cuenta la naturaleza de actos de jurisdicción voluntaria que tienen tanto el nombramiento de contador-partidor dativo como la aprobación de la partición por él realizada. En esta reforma del artículo 1057 del Código civil se atribuyen dos cualificadas funciones al notario (y al letrado de la Administración de Justicia), antes atribuidas al juez, consistentes, por una parte, en el nombramiento del contador-partidor dativo; y, de otra parte, la aprobación de la partición, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. La designación del contador-partidor se verifica de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley del Notariado; y, la aprobación de la partición conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la misma Ley del Notariado.

En la vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 22.2, párrafo segundo, i.f., delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales, al establecer que: «La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Secretario judicial, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrín-

secas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro». En relación con la calificación registral de los actos de jurisdicción voluntaria autorizados notarialmente no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo 22.2 de la Ley 15/2015 puesto que el notario ejerce en ellos la función de jurisdicción voluntaria —hasta entonces atribuida también a los jueces—.

En el presente caso la escritura calificada contiene datos suficientes para que la registradora califique la competencia del notario que aprueba la partición, pero no se ha incluido una circunstancia necesaria para calificar la congruencia del nombramiento de contadora-partidora, pues —como afirma la registradora— no consta quién ha solicitado su designación, algo que es imprescindible para comprobar que concurren los presupuestos establecidos en el artículo 1057, párrafo segundo, del Código civil. Ahora bien, no se puede compartir el criterio de la registradora cuando niega que sea procedente tal nombramiento porque considera que no se trata de una verdadera partición hereditaria y cuando también niega que la contadora-partidora pueda realizar la interpretación sobre la designación de uno de los herederos y sobre la identificación del bien legado.

Resolución de 19-2-2021

BOE 10-3-2021

Registro de la Propiedad de Jerez de los Caballeros.

TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE.

Este Centro Directivo se ha pronunciado reiteradamente sobre la naturaleza que tiene el acuerdo transaccional referido, así como sobre la eficacia formal que le confiere, en su caso, la homologación judicial recaída. La transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo para las partes carácter de cosa juzgada (arts. 1809 y 1816 CC); mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional respecto del poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. Ciertamente, el auto judicial por el que se lleva a cabo la homologación del contrato de transacción no es un documento privado. Pero la homologación judicial no altera el objeto, contenido y forma del acuerdo entre las partes; no tiene otro alcance que poner fin al procedimiento judicial existente y precisamente por ello, porque el juez ve finalizada su labor y no entra a valorar las pruebas ni a conocer de las pretensiones de las partes, no contiene una declaración judicial sobre las mismas ni una resolución por la que se declare, modifique, constituya o extinga una relación jurídica determinada.

No obstante, es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el convenio matrimonial puede ser título inscribible en aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como —en los supuestos del régimen de separación de bienes— la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común. Pero es también doctrina de esta Dirección General que cuando

no se trate de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el acuerdo transaccional homologado por el juez no es inscribible si no consta en escritura pública.

No obstante, el título presentado a calificación contiene datos suficientes (reseñados en el apartado I de los «Hechos» de la presente resolución) que permiten deducir que el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales proviene del proceso de divorcio de quienes han alcanzado el acuerdo transaccional. Por ello, debe concluirse que el documento objeto de la calificación impugnada es susceptible de inscripción registral.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 22-1-2021

BOE 12-2-2021

Registro Mercantil de Barcelona, número VIII

DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES EXISTIENDO EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR VOLUNTARIO A INSTANCIA DE UN SOCIO MINORITARIO: ES NECESARIO EL INFORME DE AUDITORÍA. DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES: CIERRE REGISTRAL. ARTÍCULO 378 RRM.

SE CONFIRMA

Sociedad presenta depósito de cuentas correspondiente a los ejercicios 2016, 2017 y 2018. El registrador califica defectuosamente dichos depósitos indicando en su nota de calificación, por un lado, que es obligatorio que se adjunte al depósito el informe de auditoría para los depósitos 2016 y 2018, y por otro la obligatoriedad de haber practicado el depósito de cuentas de los ejercicios anteriores. El resto de los defectos fueron subsanados por el recurrente por lo que no son objeto de este recurso.

Por lo que respecta al primer defecto, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe (art. 265.2 y 279 LSC). Por ello, siendo presentadas las cuentas a depósito cuando ya había sido solicitado respecto a dichas cuentas el nombramiento de auditor por socio minoritario y teniendo además conocimiento de ello la sociedad, si la junta general en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor designado por el registrador mercantil, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito pueda tenerse por efectuado.

En cuanto al segundo defecto debe confirmarse la postura del registrador debido a que, según doctrina de la Dirección General, no puede efectuarse el depósito de las cuentas anuales de una sociedad cuando aún no conste efectuado el depósito del ejercicio precedente. En el presente caso han sido calificadas con defecto las cuentas anuales de la sociedad del ejercicio 2016, lo que impide que se practique su depósito hasta su subsanación y, con ello, que se practique el depósito de las cuentas de ejercicios posteriores.

Resolución de 5-2-2021

BOE 18-2-2021

Registro Mercantil de Valencia, número I y número VII

PRESTADOR DE SERVICIOS. DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES: DOCUMENTO SOBRE SERVICIOS A TERCEROS.

SE CONFIRMA.

En la nota de calificación se señalaba que en la hoja relativa a la identificación de los documentos contables cuyo depósito se solicita aparece marcada la casilla relativa al «Documento sobre servicios a terceros»; y en la hoja concreta, en la casilla de realización de operaciones de prestación de servicios a terceros, consta «no». La sociedad aporta el documento sobre prestadores de servicios, sin que conste su previa inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos, conforme a la disposición adicional única de la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo y la Financiación del Terrorismo. Dicha inscripción es necesaria conforme al artículo 11.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Terminan advirtiendo que en caso de no ser Prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos el documento correspondiente no deberá ser incorporado al envío telemático.

Se trata, pues, de un depósito de cuentas en el que se incorpora entre los documentos contables a depositar el relativo a los prestadores de servicios, pero la sociedad no figura inscrita en el Registro de Prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos. La sociedad alega la existencia de un problema en la aplicación informática del depósito cuando fue rellenado el documento correspondiente. La Dirección General señala que a efectos del presente recurso, conviene recordar que, en los modelos de depósito de cuentas anuales, en la hoja identificativa de los documentos contables cuyo depósito se solicita, existen una serie de casillas que deberán marcarse en función de los diferentes documentos que cada entidad presente, no siendo obligatorio marcar todas ellas. Y si se quiere presentar el documento sobre servicios a terceros, es porque la persona, física o jurídica, está obligada a ello, al estar dada de alta como prestadora de servicios. En este caso, el recurrente, que ha marcado la casilla y presenta el documento contable, realiza una serie de alegaciones, al margen de otras que no pueden ser tenidas en consideración, que deben ser desestimadas. Así, lo referido a la aplicación informática, ya que la misma no puede prevalecer sobre obligaciones legales, aspecto que ya se recogió en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de enero de 2017, en relación a la información sobre plazos de pago a proveedores; y respecto a que en el documento contable se manifiesta que no se han realizado operaciones en ese ejercicio, al margen de ser perfectamente compatible dicha declaración y estar dado de alta como

prestador, como decían la Instrucción de 30 de agosto de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y la Orden *JUS* 1256/2019, de 26 de diciembre, su contenido no es propiamente objeto de calificación, sino solo el cumplimiento de una obligación formal.

Resolución de 10-2-2021.

BOE 25-2-2021

Registro Mercantil de Alicante, número IV

CIERRE REGISTRAL POR BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE LA AEAT. CIERRE REGISTRAL POR FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL POR REVOCACIÓN DEL NIF. INSCRIPCIÓN DEL CESE DE ADMINISTRADOR.

SE CONFIRMA

Por la escritura cuya calificación es impugnada se declaró la unipersonalidad de una sociedad limitada, sociedad unipersonal, y se elevaron a público las decisiones de socio único por las que se cesaba a los dos administradores mancomunados (entre ellos la ahora recurrente) y se nombraba a un administrador único de dicha sociedad. Aparte la falta de acreditación de la exención, no sujeción o pago de los impuestos correspondientes (defecto que no ha sido impugnado), la registradora fundamenta la suspensión de la inscripción solicitada en tres defectos: a) La hoja de la sociedad ha sido cerrada, conforme a los artículos 282 de la Ley de Sociedades de Capital y 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil, por falta de depósito de las cuentas anuales de los ejercicios 2016, 2017 y 2018. b) La hoja de la sociedad también «se encuentra cerrada provisionalmente por acuerdo de la Delegación de Hacienda de 24 de septiembre de 2013 en virtud de lo dispuesto en el artículo 119 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades y artículo 96 del Reglamento del Registro Mercantil, quedando exceptuado de dicho cierre el cese de los administradores» y c) El Número de Identificación Fiscal de la sociedad ha sido revocado por Resolución de 14 de noviembre de 2014 del Departamento de Gestión Tributaria de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, publicada en el «Boletín Oficial del Estado» el 8 de julio de 2015.

Si el cierre registral estuviera motivado solo por el incumplimiento de la obligación de depositar las cuentas anuales, de lo establecido en el artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital así como en el artículo 378.1 y en la disposición transitoria quinta del Reglamento del Registro Mercantil, resultaría que procedería la inscripción del cese de la administradora, como afirma la recurrente, si bien para ello habría sido necesaria la solicitud de inscripción parcial, que no se ha expresado. El contenido de los artículos 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y 96 del Reglamento del Registro Mercantil, es concluyente para el registrador al disponer que estando vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no podrá practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, a salvo las excepciones citadas en tales preceptos, entre las cuales no se encuentra —como afirma erróneamente la registradora— el cese de los administradores. Lo que ocurre es que, al haber rectificado este error en su informe, no puede ser tenido en cuenta el contenido de este, como ya ha expuesto anteriormente, y por ello el defecto, tal como ha

sido expresado en la nota de calificación no impediría la inscripción solicitada por la recurrente.

No obstante, si los dos anteriores defectos —tal como han sido formulados— no impedirían dicha inscripción según lo que se ha expresado, esta no puede practicarse por existir un tercer obstáculo como es el hecho de resultar del contenido del Registro la revocación del número de identificación fiscal de la sociedad, pues la disposición adicional sexta de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria, dispone lo siguiente en su cuarto apartado: «Cuando la revocación se refiera a una entidad, la publicación anterior también determinará que el registro público en que esté inscrita, en función del tipo de entidad de que se trate, proceda a extender en la hoja abierta a la entidad a la que afecte la revocación una nota marginal en la que se hará constar que, en lo sucesivo, no podrá realizarse inscripción alguna que afecte a esta, salvo que se rehabilite dicho número o se asigne un nuevo número de identificación fiscal».

En conclusión, el efecto de cierre total de la hoja social es el mismo tanto en el supuesto de baja provisional en el Índice de Entidades como en el de revocación del número de identificación fiscal, sin perjuicio de que la práctica de cada una de estas notas marginales, así como su cancelación se practique en virtud de títulos igualmente distintos.

Resolución de 10-2-2021

BOE 25-2-2021

Registro Mercantil de Madrid, número 13.

CONSEJERO DELEGADO: FACULTADES NO LIMITABLES. NO PUEDEN RESTRINGIRSE LAS FACULTADES REPRESENTATIVAS DEL CONSEJERO DELEGADO CON LIMITACIONES OPONIBLES A TERCEROS.

SE CONFIRMA

El registrador mercantil suspende la inscripción de una escritura en la que se eleva a público un acuerdo del consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada por el que se designa a un consejero delegado a quien se conceden todas las facultades legal y estatutariamente delegables, con la particularidad de que las facultades delegadas cuyo contenido económico resultara superior a un millón de euros por operación únicamente podrán ser ejercitadas, de forma mancomunada, con alguna de las dos personas que se indican. El registrador alega en su nota de calificación que a su juicio no pueden restringirse las facultades representativas del consejero delegado con limitaciones oponibles a terceros, dado el contenido típico del poder de representación de la sociedad. El notario recurrente alega que el consejo de administración puede establecer el contenido, límites y modalidad de la delegación, como tenga por conveniente, y así resulta de los artículos 249 y 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital y 149.1 y 185 del Reglamento del Registro Mercantil.

A tenor de la normativa vigente una limitación como la cuestionada en el presente caso puede tener una eficacia meramente interna (en el ámbito de la exigencia de responsabilidad que la sociedad pudiera hacer valer frente al consejero delegado que se hubiese extralimitado). Por ello, ningún obstáculo existiría para inscribir dicha limitación si en el acuerdo de delegación quedara siempre a salvo expresamente lo dispuesto en el referido artículo 234 de la Ley de Sociedades de

Capital, eliminando así toda ambigüedad e incertidumbre, incompatibles con la exigencia de precisión y claridad de los pronunciamientos registrales (Resolución de la DGRN de 4 de abril de 2016).

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de junio de 2009, con cita de la doctrina de la Dirección General y otras sentencias de la misma Sala, «se ha de tratar de coherente la seguridad del tráfico y la consiguiente protección del tercero de buena fe con el principio de defensa del interés social, y cuando la salvaguarda de ambos principios no es posible se observa en el Derecho comparado una tendencia a adoptar o aproximarse al sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad del tráfico. Esa tendencia se ha acabado imponiendo también entre nosotros» (Resoluciones de 2 de octubre de 1981, 12 de mayo de 1989, 11 de noviembre de 1991, 11 de marzo de 1992, 8 de julio de 1993, 3 de octubre de 1994 y 10 de mayo de 1999).

Resolución de 18-2-2021.

BOE 10-3-2021

Registro de Bienes Muebles de Madrid.

ANOTACIÓN DE EMBARGO DE VEHÍCULO CON BAJA TEMPORAL EN LA DGT EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

SE REVOCA

La Dirección General en esta resolución viene a determinar que cuando un vehículo está dado de baja de forma temporal en la Dirección General de Tráfico puede ser objeto de embargo en procedimiento seguido contra el titular que lo dio de baja.

A tenor del artículo 24 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, solo cuando el embargo vaya dirigido contra quien no sea titular registral procede la denegación (o suspensión en caso de que el deudor sea causahabiente del titular registral) de la anotación del embargo por el registrador, en lo que se viene denominando doctrinalmente como tercería registral.

La baja provisional en el registro de tráfico no puede tener la transcendencia de destruir la presunción de legitimación registral. La DGT y el Registro de Bienes Muebles son instituciones con competencias diferentes, la competencia en materia de aptitud de circulación del vehículo corresponde al registro administrativo, mientras que la atribución de la titularidad jurídica corresponde al registro jurídico, esto es, el Registro de Bienes Muebles. Por todo ello, al ser el titular registral del vehículo la misma persona contra la que se dirige el embargo, cabe que se practique la anotación de embargo solicitada.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Algunas cuestiones sobre la patria potestad prorrogada y sobre la patria potestad rehabilitada. Su próxima eliminación del ordenamiento jurídico *

Some questions about the extended parental authority and the rehabilitated parental authority. Your next elimination of the legal order

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE **
Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Tanto la patria potestad prorrogada como la patria potestad rehabilitada van a desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico a consecuencia de la aprobación y publicación del proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica que adapta la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y que supuso la consagración de un modelo diferente en el tratamiento jurídico de la discapacidad. Tras el análisis jurisprudencial de ambas figuras resulta conveniente analizar los efectos de su desaparición.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

** Número de investigador: Código ORCID: 0000-0002-2814-6701

Trabajo entregado en marzo de 2021, cuando el Proyecto de Ley estaba debatiéndose en el Congreso de los Diputados.

ABSTRACT. *Both the extended parental authority and the rehabilitated parental authority will disappear from our legal system as a result of the approval and publication of the bill to reform civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of its legal capacity that adapts the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and that supposed the consecration of a different model in the legal treatment of disability. After the jurisprudential analysis of both figures, the effects of their disappearance are convenient.*

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Autonomía personal. Medidas de apoyo. Patria potestad prorrogada. Patria potestad rehabilitada.

KEY WORDS. *Disability, personal autonomy, support measures, extended parental authority, rehabilitated parental authority.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ELIMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA—II. PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD: 1. PATRIA POTESTAD PRORROGADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL. 2. PATRIA POTESTAD REHABILITADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL.—III. CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA FIGURA DE LA REHABILITACIÓN: 1. SOLTERIA: REQUISITO ESENCIAL. 2. CONVIVENCIA DEL HIJO MAYOR CON SUS PADRES.—IV. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PROYECTO DE LEY. EL DISEÑO DE LA MEDIDA DE APOYO DE FUTURO POR EL PROPIO MENOR.—V. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO AUTONÓMICO. PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CATALUÑA.—VI. EFECTOS DE LA ELIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO CIVIL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—X. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: LA ELIMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA

La Convención Internacional por los Derechos de las Personas con Discapacidad supuso la consagración de un modelo diferente en el tratamiento jurídico de la discapacidad. En su preámbulo señala que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». Además, define la discapacidad (art. 1) afirmando que «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Siguiendo sus directrices el actual Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹ impone un cambio radical, sobre todo, en el tema que vamos a estudiar a continuación, porque precisamente elimina dos instituciones de nuestro Código civil: *la patria potestad prorrogada y la patria*

potestad rehabilitada, teniendo en cuenta, además, que se excluye la declaración de incapacidad o la limitación de derechos personales, patrimoniales o políticos. Todo ello significa un paso hacia adelante en un cambio total de los menores con discapacidad que se convierten en adultos al alcanzar la mayoría de edad.

La línea principal del cambio se centra en que se pasa de un sistema en el que predomina la *sustitución en la toma de decisiones*, a otro basado en el *respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*. Y claro, en este nuevo modelo donde los sujetos discapacitados son considerados como sujetos titulares de derechos y donde se pone fin al sistema rehabilitador donde eran concebidos como objetos de necesaria protección social, lo primero que hay que eliminar es el artículo 171 donde se regula la rehabilitación y prórroga de la patria potestad.

El artículo 268 del proyecto indica con claridad este cambio señalando que las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise.

Establece además que las líneas fundamentales en las que se deben basar tales medidas e instituciones de apoyo, respetarán siempre la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Medidas que serán revisadas periódicamente en un *plazo máximo de tres años* y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

Resulta importante tener en cuenta que la *curatela*, de naturaleza asistencial, se convierte en la principal medida de apoyo, de origen judicial para las personas con discapacidad. El proyecto de ley elimina el procedimiento de incapacidad o de modificación judicial de la capacidad y es sustituido por el *procedimiento de provisión de apoyos* (art. 756.1 LEC redacción del proyecto), que únicamente procederá cuando sea pertinente el nombramiento de curador de conformidad con lo establecido en el Código civil².

En estudios anteriores ya hemos indicado como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo descarta que, actualmente, el procedimiento de modificación de la capacidad y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a la Convención, precisamente por la flexibilización con la que la propia autoridad judicial adapta, fundamentalmente últimamente la curatela a los casos concretos de personas con discapacidad que llegan a su conocimiento³.

II. PATRIA POTESTAD PRORROGADA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Ambas instituciones fueron una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que se recogen en el artículo 171 del Código civil⁴. Precepto que fue modificado en dos ocasiones, primero, apenas dos años después de su introducción, por el artículo 4 de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, que modificó el párrafo 1.º del precepto, esto es la referencia a que la incapacidad del menor se hubiera debido a *deficiencias o anomalías psíquicas o a sordomudez*⁵. Y, posteriormente, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que realizó algunas adaptaciones gramaticales y de contenido interesantes e innovadoras (como vamos a ver más adelante), siendo la que nos afecta ahora, la inclusión del régimen de curatela

junto al ya existente de tutela, una vez extinguida la patria potestad prorrogada, cuando continuara el estado de incapacitación⁶.

Dice actualmente el artículo 171 del Código civil que:

«La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada terminará:

1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2.º Por la adopción del hijo.

3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda».

Así pues, *durante 41 años* el precepto ha regulado dos instituciones, la *patria potestad prorrogada o subsistente sobre hijos incapacitados* que alcanzan la mayoría de edad, y la *rehabilitada* que se ejerce sobre hijos mayores solteros que, viviendo en su compañía, son declarados incapaces. Vemos pues, que la discapacidad como fenómeno social está en constante evolución y crecimiento, de ahí la serie de modificaciones legales existentes.

1. PATRIA POTESTAD PRORROGADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL

La primera de ellas la *patria potestad prorrogada* tiene lugar cuando un hijo es incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad, en cuyo caso la potestad se prorroga al llegar aquel a la mayoría de edad a favor de quien correspondiera si el hijo fuera menor de edad, ejerciéndose sin solución de continuidad⁷. Se accede a esta institución automáticamente, sin necesidad de cumplir ningún requisito adicional más que el menor incapacitado alcanza la mayoría de edad y por ello continua la patria potestad.

Generalmente, la jurisprudencia que ha estudiado el tema de la *patria potestad prorrogada* se ha venido refiriendo a la patria potestad en exclusiva de la madre con la que convive la persona con discapacidad. Así la SAP de Asturias de 31 de enero de 2020⁸, rehabilita la *patria potestad exclusivamente en la madre del demandado*, con quien convive. La enfermedad del demandado crónica y permanente, con sujeción constante a tratamiento médico que puede provocar ciertas mejoras, con posibilidad de que se presenten nuevas crisis si no es supervisado el tratamiento que ha sido abandonado en ocasiones por el demandado.

Prórroga de la patria potestad prorrogada que se mantiene independiente de que la persona con discapacidad esté internada en un centro especial. Se trata de la SAP de Asturias, de 15 de abril de 2020, que en un procedimiento de modificación de medidas definitivas, donde existe la *patria potestad prorrogada* sobre el hijo mayor de edad incapacitado internado en centro residencial se mantiene independientemente de las *carencias denunciadas en cuanto a la forma en la*

*que se ha ejercitado su derecho de información que no acreditan cumplidamente, ni justifican, que para la mejor salvaguarda del interés superior del hijo haya que proceder al cambio de la custodia monoparental materna, que viene rigiendo, a una custodia compartida*⁹.

Últimamente, la jurisprudencia ha estudiado el tema de la *patria potestad prorrogada* centrándose fundamentalmente en el *régimen de visitas a que tiene derecho la persona con discapacidad por parte del progenitor no custodio*. El Auto del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2020¹⁰ se cuestiona el régimen de visitas, respecto de la hija común— que es mayor de edad, pero cuya capacidad de obrar fue modificada judicialmente *prorrogando la patria potestad de los progenitores* sobre ella. Se *acuerda mantener de forma conjunta la titularidad de la patria potestad a efectos de representación, atribuyendo en exclusiva a la madre el ejercicio de la misma*, con la obligación de comunicar al padre las decisiones que adopte en dicho ejercicio, a fin de poder ejercitar las acciones pertinentes, así mismo acuerda un régimen de comunicaciones, padre e hija, de dos horas a la semana, en un PEF, con visitas tuteladas, que se podrá ir ampliando progresivamente, en función de los informes que se vayan emitiendo por dicha institución y las mejoras que vaya presentando el padre. La titularidad de la patria potestad se mantiene conjunta, aunque su ejercicio exclusivo corresponda a la madre.

Curiosamente esta sentencia se hace eco de la STS de 27 de junio de 2018¹¹, y de un concepto, con el que la doctrina científica actual no está muy de acuerdo que es el *del interés superior de la persona con discapacidad*, precisamente por la consideración de la persona con discapacidad *como titular del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado*. La reforma que el artículo segundo del Proyecto introduce en el Código civil sienta las bases del nuevo sistema basado en el *respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal.

Pero volviendo a la Sentencia del Alto Tribunal de 27 de junio de 2018, indica que dicho principio es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado (373/2016, de 3 de junio). En el mismo sentido se encuentran las STS, de 19 de noviembre de 2015¹², y posteriormente, la STS de 3 de junio de 2016¹³.

Por otro lado, la SAP de Segovia de 9 de julio de 2020,¹⁴ se analiza el tema de la solicitud de régimen de *visitas de hermanos de la persona incapacitada*, internada en centro residencial, teniendo la patria potestad prorrogada el padre. La Audiencia pone de manifiesto que la sentencia de primera instancia incurre en un defecto de procedimiento, pues resuelve *sin audiencia del incapaz y sin información suficiente de su realidad*. Los declarados *incapaces han de ser oídos* en el procedimiento para su internamiento no voluntario.

2. PATRIA POTESTAD REHABILITADA. JURISPRUDENCIA ACTUAL

La *rehabilitación de la patria potestad* está prevista también, en el artículo 171 del Código civil, para el supuesto de que el hijo sea incapacitado una vez alcanzada la mayoría de edad y, por tanto, se encuentra extinguida la patria potestad ordinaria por emancipación del hijo, pero renace a causa de su incapacidad¹⁵. En este caso, los requisitos exigidos para que se acuerde la rehabilitación de la patria potestad son que el hijo esté *soltero*, que el hijo *conviva* con los padres o alguno de ellos, y, que el hijo esté *incurso en causa de incapacidad de los artículos 200 y 201 del Código civil*¹⁶. La exigencia imperativa de estos requisitos ha dado pie al nacimiento de algunos problemas prácticos que durante años ha ido resolviendo la jurisprudencia y en parte flexibilizándolos. Y, este es precisamente uno de los fundamentos que da pie a su desaparición en el proyecto, pues la nueva configuración de la persona con discapacidad y el sistema de apoyos previstos solventa los problemas prácticos, que a continuación vamos a ver.

La *diferencia esencial* entre ambas instituciones se produce al alcanzar la mayoría de edad: esto es, cuando el menor alcanza los 18 años. La mayoría de edad extingue automáticamente la patria potestad, y, por ello, debe prorrogarse o rehabilitarse, teniendo en cuenta el momento de la incapacitación judicial.

El *fundamento* de ambas instituciones suponía dar continuidad a una situación de un hecho familiar práctico como era la de prorrogar o rehabilitar la patria potestad cuando el hijo estaba incapacitado o siendo mayor, soltero y conviviendo con los padres se le incapacita. Acudir a los progenitores conlleva *evitar la constitución del organismo tutelar*. Hay pues un *cierto paralelismo* con la actualidad que se propone en el proyecto de ley. Acudir a la medida de apoyo familiar existente y no a otras instituciones... pero sin someter a la persona con discapacidad a un procedimiento de incapacitación (que también desaparece con la reforma)¹⁷ y, sobre todo desde otra perspectiva diferente. No hay imposición en que la medida de apoyo se centre en los padres, puede recaer en un hermano o familiar que cumpla mejor los deseos voluntades o preferencias de la persona con discapacidad que no los progenitores.

III. CUESTIONES PRÁCTICAS EN TORNO A LA FIGURA DE LA REHABILITACIÓN

Vamos a analizar diferentes supuestos de hecho que con la legislación aún vigente podría ser objeto de una rehabilitación de la patria potestad.

1. SOLTERÍA: REQUISITO ESENCIAL

El primer requisito imperativo exigido por la ley (actual art. 171 CC) es que la persona con discapacidad se halle en estado civil de soltero. Esta circunstancia planteaba multiplicidad de problemas prácticos.

Pensemos en los supuestos de que la persona con discapacidad haya contraído matrimonio y *¿Si el cónyuge fallece o es declarado fallecido, o con otras circunstancias de incapacidad o ausencia, etc...?* En este caso, el estado civil será el de viudo, pero el sentido del precepto ¿podría pretender equiparar la viudedad a la soltería?

Ocurriría lo mismo si pensamos *¿Qué ocurre si tras el matrimonio se produce la disolución del mismo por divorcio, o por nulidad?* En el caso de la nulidad, desde el punto de vista legal estamos ante el requisito exigido de soltería (aunque hubiese hijos, siempre que se hubiese actuado de buena fe). No así en el caso del divorcio.

En el caso de *disolución por divorcio o por muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge*, aun no existiendo vínculo matrimonial, no puede decirse que estemos ante una persona soltera.

¿Qué ocurre si se produce la separación de los cónyuges? En este caso no hay disolución del vínculo.

El legislador estableció el *requisito de la soltería* para evitar otorgar en caso de constitución de tutela (institución a la que se acudía por imperativo legal) al cónyuge, pues este es el que tendría para hacerse cargo de la guarda legal del incapacitado, como tutor, si conviviere con él (art. 234.2 CC)¹⁸, pues tendrían preferencia en el orden de prelación para el cargo de tutor. Así, los padres, a través de la *rehabilitación* de la patria potestad, desplazarían al cónyuge del ejercicio del cargo tutelar.

Para evitar estos problemas la doctrina entendió que en los casos de disolución del matrimonio (divorcio o fallecimiento del cónyuge) debería equipararse a la condición de soltería, a fin de «cumplir» el requisito y rehabilitar también la patria potestad, y evitar a la institución tutelar, donde también serán llamados los padres.

Acudir a esta «*ficción*» no solventaría el supuesto del cónyuge separado pues en ningún caso puede equipararse con el soltero. La inexistencia de disolución de vínculo conlleva que la separación de la convivencia mantenga ciertos deberes matrimoniales como los de ayuda y socorro recíproco (arts. 67 y 68 CC). Aunque la doctrina entendía que al requerirse por el Código que la convivencia requerida fuera la conyugal, debiendo equipararse con la *comunidad de vida* en la que se realizan los deberes y finalidades del matrimonio, de hecho, se excluía también al cónyuge separado. Por lo que a *efectos prácticos también podría equipararse el separado al soltero...* sabiendo que no hay disolución del vínculo¹⁹.

Todos estos problemas y disonancias surgidos de la necesidad de cumplir estrictamente el requisito de soltería, han sido durante años «considerados de ser mitigados» como abogaba la doctrina²⁰.

Otra cuestión que planteaba problemas era el supuesto de que el *mayor de edad que hubiese constituido una pareja de hecho fuese incapacitado*. En ese caso y desde el punto de vista legal estricto estaría soltero por lo que se podría acudir a la figura de la rehabilitación, independientemente de que podría tener hijos.

De aprobarse el proyecto y convertirse en Ley, independientemente del estado civil que tuviese el mayor de edad, y primando sus deseos, estaría asistido «como medida de apoyo» por la persona más cercana de su entorno familiar, a modo de curador. Y si la discapacidad en la que incurre es muy severa, podrá decretarse judicialmente la figura de un curador para que se concretase excepcionalmente las medidas de representación. Si el grado de discapacidad es severo, puede que necesite ser representado para realizar ciertas actividades, en tal caso la institución de la curatela será la solución.

El actual artículo 249 del Proyecto señala que dichas funciones deberán tener en cuenta la *trayectoria vital de la persona* con discapacidad, sus *creencias y valores*, así como *los factores que ella hubiera tomado en consideración*, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la persona en caso de no requerir representación.

Además, en todo caso, el juez podrá dictar las *salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.*

2. CONVIVENCIA DEL HIJO MAYOR CON DISCAPACIDAD CON SUS PADRES

El siguiente requisito exigido era el de la *convivencia del hijo mayor con sus padres*. Requisito flexible porque se equipara la convivencia con los padres a los supuestos en los que el hijo se halle *en Colegios o Instituciones*. Requisito que ha sido interpretado en el sentido de continuar el incapaz bajo la guarda y custodia del padre, aunque realmente esté internado en algún establecimiento.

Se pone de manifiesto, además, como ante un mismo supuesto de hecho, se dictan resoluciones judiciales en distinto sentido, lo que propicia situaciones de *inseguridad jurídica*, pues hay resoluciones judiciales que se muestran contrarias a la rehabilitación de la patria potestad a los padres y favorables a la constitución del organismo tutelar a favor de los mismos, por entender que no concurre el requisito de la convivencia al estar los incapacitados internados o ingresados en centros especializados o en hospitales Y así lo puso de manifiesto la jurisprudencia, ya antigua, como la SAP de Toledo de 28 de noviembre de 2001²¹, o la SAP de Murcia de 20 de mayo de 1999²².

Requisito que, por ejemplo, no se contemplaba en la Ley 67 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, ni en el artículo 161 del Código de Familia de Cataluña²³.

De hecho la doctrina no entendía porque este requisito se exigía en la rehabilitación y no en la patria potestad prorrogada²⁴. Tengamos en cuenta que puede ocurrir que el mayor incapaz realmente conviva con un *hermano* o con un *descendiente, o abuelo, o pariente o allegado...* en tales supuestos está claro que no se está bajo la patria potestad prorrogada por la simple ausencia de padres, pero sí del entorno cercano familiar o socialmente de la persona con discapacidad, aunque realmente habría que acudir a la *tutela o guarda de hecho*.

Ha sido la propia Jurisprudencia la que ha ido dando un paso progresivo a convertir esta rehabilitación de la patria potestad hacia la del apoyo de la curatela. Por ejemplo, la SAP de Vizcaya, de 16 de julio de 2019, que analiza un supuesto de rehabilitación de patria potestad, donde al contar que la persona con discapacidad no tiene capacidad para otorgar su consentimiento respecto a los tratamientos que debe seguir, por falta de conciencia de su enfermedad, *precisa únicamente supervisión y apoyo necesario, a prestar por sus padres rehabilitando la patria potestad con funciones de curatela*²⁵.

Tras la aprobación de la nueva ley, se va a obtener el mismo resultado, tras eliminar ambas instituciones, la persona mayor con discapacidad realmente va a poder convivir con sus padres, o con cualquiera de los familiares, sin exigirse la prórroga ni la rehabilitación de la patria potestad. Puede según el grado de discapacidad que tenga, vivir solo, y simplemente ser asistido asistencialmente cuando sea necesario.

En conclusión, tras este breve análisis podemos indicar que en cumplimiento del mandato legal, los órganos jurisdiccionales desde la Convención, ya rehabilitaban la patria potestad siempre que se cumpliesen los requisitos del artículo 171 Código civil, salvo que, *excepcionalmente conviniese constituir el organismo de*

apoyo a favor de personas distintas de los progenitores, en cuyo caso, la resolución judicial que no declare la rehabilitación de la patria potestad deberá motivar la decisión.

Así en el ATS de 5 de febrero de 2020²⁶, se combate en casación la asignación del cargo tutelar a una fundación —frente a su solicitud de prorrogar la patria potestad de su madre—, alegando la ausencia de motivos para ello, y por tanto la falta de motivación de la sentencia recurrida en casación. A fin de *proteger el interés superior de la discapaz*, el nombramiento efectuado por la audiencia motiva y justifica la designación para el cargo de tutor. Por tanto, el recurrente, al reiterar la solicitud de prórroga de la patria potestad de su madre, parte de una idoneidad de esta, que la sentencia niega, cuestionando la valoración realizada en la segunda instancia.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que al igual que hemos visto en la patria potestad prorrogada, en la rehabilitación, hay que tener en cuenta la situación de ruptura matrimonial de los progenitores y consecuentemente como afecta a la convivencia de la rehabilitación si hay divorcio de los progenitores como el supuesto de la SAP de Cádiz de 29 de octubre de 2020²⁷, en la que se declara la incapacidad total del demandado concretando que no *procede el nombramiento de tutor, sino la rehabilitación de la patria potestad*. Dicha rehabilitación recae sobre el padre, dado el divorcio de los progenitores y las tensas relaciones entre ambos. No es procedente una rehabilitación de la patria potestad a favor de ambos, pese a la aptitud de la madre que tuvo la custodia del hijo hasta su mayoría de edad, dado que el hijo convive con el padre y declaró de forma contundente en la vista que quiere seguir viviendo con él, que demostró su buena labor realizada. El ámbito de rehabilitación de la patria potestad debe ajustarse a las directrices de la Convención de Nueva York.

3. INCAPACITACIÓN: MOMENTO

El tercer requisito en la rehabilitación, es que el hijo que ha salido fuera del hogar paterno, vuelva al mismo tras haber sido declarado incapacitado.

Era necesario que la incapacidad, su declaración, tuviese lugar *a posteriori*, cuando ya ha salido de la patria potestad (porque ha alcanzado la mayoría de edad) y del ámbito paterno (no convive con los padres). Está claro el carácter paternalista del precepto y de las dos instituciones, que insisten indirectamente que el deber de todo padre es hacerse cargo de sus hijos y extendiendo su responsabilidad paterna sin límite temporal cuando el hijo era declarado incapacitado y requería de la asistencia y representación de sus progenitores.

Pues bien, con la desaparición de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la misma, se llega al mismo efecto *sin el carácter paternalista existente...* a la protección de la persona con discapacidad, pero pasando de ser sustituido en la toma de decisiones por sus padres hacia una protección basada en *el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad*.

En conclusión, la doctrina civilista²⁸ ya se planteó la necesidad de reforma del artículo 171 del Código civil en relación con la rehabilitación de la patria potestad, por la existencia de los requisitos de soltería del hijo mayor y de la convivencia con los padres, que hacía que la institución se utilizara en menor medida que la necesaria, generalmente cuando los padres tenían la guarda del incapacitado, tanto en el ámbito personal como en el de representación. Incluso señalaba como propuesta de reforma la inclusión en el artículo 171 del Código

civil de «una remisión a las normas de la curatela para los casos en que proceda un régimen de asistencia, pues este se aviene mal con la normativa de la patria potestad sobre menores no emancipados, a la que el artículo 171 se remite para todo aquello no previsto en la sentencia de incapacitación».

IV. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PROYECTO DE LEY. EL DISEÑO DE LA MEDIDA DE APOYO DE FUTURO POR EL PROPIO MENOR

El actual Proyecto de Ley indica en el artículo 252 que «Cuando se prevea razonablemente en los *dos años anteriores a la mayoría de edad* (a los 16 años) que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, *precisar de apoyo* en el ejercicio de su capacidad jurídica, *la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad.*

Y, lo más importante, que estas medidas se adoptarán en todo caso «dando *participación al menor* en el proceso y atendiendo a su *voluntad, deseos y preferencias*». Medida de apoyo que será la asistencial que viniera observándose, hasta los 18 años bajo la patria potestad, y a partir de ese momento progenitores o familiares se podrán convertir en *guardadores o curadores*.

El propio menor mayor de 16 años, «en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, *podrá prever en escritura pública medidas de apoyo* relativas a su *persona o bienes* estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo» (art. 253).

Estamos ante el posible otorgamiento por un menor mayor de 16 años, otorgar *poder preventivo* o proponer el *nombramiento de curador* como medida de naturaleza voluntaria, y que podrá ser suplida o complementada por *la autoridad judicial*.

Poderes preventivos que deberán ser *comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el notario autorizante*, para su constancia en el registro individual del otorgante.

V. SITUACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO AUTONÓMICO. PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN CATALUÑA

La potestad parental en Cataluña se encuentra regulada en el capítulo VI del título III, de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña²⁹, relativo a la persona y la familia, en cuyas secciones cuarta y quinta se regulan aspectos sobre la *rehabilitación de la patria potestad* (art. 236.34 CC Catalán). Dice el precepto que:

«1. *La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados comporta la rehabilitación de la potestad parental, en los términos que establezca la propia declaración.*

2. *No obstante lo establecido por el apartado 1, la potestad no se rehabilita si el incapaz ha designado un tutor o un curador por sí mismo, de acuerdo con lo establecido por el presente código, o si debe constituirse la tutela o curatela a favor*

del cónyuge, de la persona con quien convive en pareja estable o de los descendientes mayores de edad del incapaz».

Previamente el artículo 236-33 se refería a la Prórroga de la patria potestad en términos iguales a los del precepto de la rehabilitación. Al señalar que:

La declaración judicial de incapacidad de los hijos menores no emancipados comporta la prórroga de la potestad parental cuando llegan a la mayoría de edad, en los términos que establezca la propia declaración.

El cambio producido en la legislación autonómica catalana en 2010, en parte, tuvo presente la línea iniciada por la Convención de las personas con discapacidad de 2006, pues a diferencia del Código civil al referirse a la rehabilitación no se impone la exigencia de los requisitos que hemos analizado. Y, moderadamente se da un paso más, y se introduce que no habrá rehabilitación si el incapaz ha designado previamente tutor o curador, o si «debe constituirse tutela o curatela» según la gradación existente en el Código para cumplir con el cargo de tutor en la figura del cónyuge o familiares...

Tiene en cuenta un hecho práctico más, y es el de la situación personal de los padres y su edad. Pero esta cuestión se tiene en cuenta, con carácter negativo, para indicar que puede no acordarse la prórroga o rehabilitación, y ordenarse la constitución de la tutela o curatela por la autoridad judicial³⁰.

VI. EFECTOS DE LA ELIMINACIÓN DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO CIVIL

El menor necesitado de apoyos tendrá a sus padres que le asistirán sin necesidad de que sea tomada una medida especial por el juez, (recordemos que se elimina el procedimiento *judicial de incapacitación*)³¹. Esto no significa, como ya hemos señalado, que haya una imposición u obligación de otorgar siempre a los padres la consideración de «apoyo» de sus hijos con discapacidad. Podrá preverse cuando cumpla 16 años que si la discapacidad continuará en el futuro las medidas de apoyo sean solicitadas por el menor, por sus progenitores o el ministerio fiscal. O que el propio menor diseñe su autocuratela como medida de apoyo que podrá ser complementada por el juez. De manera que pueden sus padres pasar a ser los curadores del hijo.

Puede ocurrir también que el menor no conviva con sus padres sino con su entorno cercano (hermanos, abuelos, parientes o allegados) en tal caso estos actuarán como guardadores y pueden asistir al menor siendo su «apoyo» en el ejercicio de sus funciones. Y ocurrirá lo mismo al alcanzar la mayoría de edad, si necesitase apoyo, pues será asistido por su entorno familiar o social más cercano...

Realmente no se trata de un cambio en la terminología sino en la situación de la persona con discapacidad que pasa de ser menor a mayor de edad. Como todo mayor de edad va a salir fuera de la «esfera de control» de sus padres y va a otorgársele un apoyo en la toma de determinadas necesidades siguiendo siempre sus deseos, voluntad y preferencias³².

Un menor con discapacidad, al igual que un menor sin discapacidad necesita ser guardado y custodiado por sus padres. Lo normal será que sean estos quienes le presten su apoyo en todo momento sin más. Si es guardado por sus hermanos, abuelos, parientes o allegados entonces también será normal que sean

estos quienes le presten su apoyo. Son guardadores de hecho y lo continuarán siendo incluso con la nueva legislación. Si la discapacidad persiste en el momento de alcanzar la mayoría de edad, lo lógico será que continúen igual las cosas. Los padres en el primer supuesto serán quienes le sigan prestando apoyo, y en el segundo supuesto sus guardadores. La cuestión cambiará si por diversas circunstancias la persona con discapacidad no puede contar con sus padres como apoyo en sus labores asistenciales (ancianidad de los padres, o convivencia con otra persona, o por voluntad del propio sujeto).

En todo caso *se pasa de la esfera de control de la patria potestad o de la guarda del menor a la medida de apoyo realizada por el curador*, como medida asistencial, sobre la que se realizarán las medidas de control y seguimiento del Ministerio Fiscal y del juez con todas las garantías previstas en el proyecto de Ley³³.

Desde el punto de vista práctico, y formal, surgirá otra diferencia, pues el curador deberá hacer *inventario* de los bienes de la persona con discapacidad, y además, constituir *fianza* antes de iniciar el ejercicio de su cargo³⁴. Evidentemente a los padres ejerciendo su patria potestad prorrogada o rehabilitada no se les exigía tales requisitos de control.

Después de todo lo dispuesto con anterioridad, está claro que la eliminación de las figuras no modifica, la *eficacia de la protección* de la persona con discapacidad, sino que además refuerza el cumplimiento de su voluntad, deseos y preferencias, y, en determinados supuestos, garantiza el patrimonio a través de las facultades representativas del curador por las garantías de control judiciales establecidas.

Recordemos que partimos de que la reforma insiste en que la persona con discapacidad *no necesita protección sino apoyo para actuar tanto en el plano personal como en el patrimonial*.

En cuanto a los *controles* establecidos para el ejercicio de uno u otro cargo, tanto los titulares de la patria potestad como los curadores necesitan autorización judicial para la realización de determinados actos³⁵.

También debemos detenernos en pensar si la eliminación afecta, o no, al *ámbito afectivo* de la persona con discapacidad. Entendemos que la eliminación no modifica, ni la situación de los padres, ni la del *sujeto menor con discapacidad*, pero tampoco respecto al *mayor*, y ello porque el *apoyo* necesario para la persona con discapacidad, independientemente de su edad, recaerá siempre en la persona de su confianza que serán sus padres, familiares o su curador..., o dichos familiares que ocuparán dicho cargo tutelar.

VI. CONCLUSIONES

Tras lo expuesto, la reforma y consiguiente eliminación de la patria potestad y la rehabilitación de la misma, supone un paso importante en la consideración del respeto al *derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica*.

Se concreta de manera efectiva como las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, en un momento muy importante como es el del paso de la menor edad a la mayoría de edad de la persona con discapacidad.

Sin olvidar, la posibilidad a la hora de concretar los apoyos que la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, esto es, a las que puede tomar el interesado (desde incluso los 16 años) en previsión de una

futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez constatada la misma.

En resumen, la nueva regulación no va a suponer una ruptura o un cambio radical en la práctica, pues como hemos expuesto la jurisprudencia ha ido flexibilizando la aplicación de la Convención dando importancia a la institución de apoyo de la curatela.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANGUITA RÍOS, R.M.^a: La administración de los bienes de los hijos menores en el ejercicio de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección Persona y derechos / A fondo, octubre de 2017, Wolters Kluwer. (La Ley 14127/2017).
- AZNAR ESQUIVEL, P.V.; DE LA ROSA YANES, P.C., y TRUJILLO GIL, D.A.: Cuestiones sobre tutela, curatela y guarda de hecho en la ley de jurisdicción voluntaria, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 18, Segundo trimestre de 2018, Wolters Kluwer. (La Ley 5017/2018).
- CALAZA LÓPEZ, A.: La intervención del notario en la separación y el divorcio: cuaderno de bitácora y ruta, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 18, Segundo trimestre de 2018, Wolters Kluwer. (La Ley 5016/2018).
- CAMPO IZQUIERDO, Á.L.: ¿Pueden los padres y/o tutores otorgar testamento en nombre de sus hijos menores de edad o tutelados?, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 6, Segundo trimestre de 2015, LA LEY, ISBN-ISSN: 2341-0566. (La Ley 2732/2015).
- Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección Persona y derechos / Estudio de jurisprudencia, septiembre de 2020, Wolters Kluwer. (La Ley 11731/2020).
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J.: Reformas de la patria potestad, en *Diario La Ley*, núm. 9549, Sección Tribuna, 9 de enero de 2020, Wolters Kluwer. (La Ley 15601/2019).
- GARCÍA HERRERA, V.: Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega, en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 9085/2019).
- GARCÍA RUBIO, M.P.: La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, año 2018, 173-197.
- Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, núm. 3, 2018. <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 29-60.
- GONZÁLEZ GRANDA, P.: Articulación del sistema procesal de provisión de apoyos y salvaguardas en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, en *Práctica de Tribunales*, núm. 141, noviembre-diciembre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 13749/2019).
- IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Núm. 778 marzo-abril. 1141 a 1154.
- MEDRANO PÉREZ, B.: Incapacitación: tutela y curatela, en *Actualidad Civil*, núm. 2, Sección A Fondo, febrero 2016, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 660/2016).

- MUÑIZ ESPADA, E.: Análisis de la seguridad jurídica en la proyectada reforma de la discapacidad, en *Revista Jurídica del Notariado*. ISSN 1132-0044, HYPERLINK <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/572516> núm. 111, 2020, 277-325.
- MUÑOZ GARCÍA, C.: Responsabilidad civil del menor a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer, en *Diario La Ley*, núm. 8719, Sección Doctrina, 10 de marzo de 2016, Ref. D-102, LA LEY. (La Ley 871/2016).
- PALACIOS GONZÁLEZ, D.: Discapacidad psíquica y maternidad, en *LA LEY Derecho de familia*, núm. 23, Tercer trimestre de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 11670/2019).
- RIVES SEVA, J.M.^a: El menor de edad, en *Procesos sobre la capacidad de las personas. Estudio de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2009. (La Ley 4306/2010).
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 May. 2005, 1029, tomo 1, Editorial LA LEY. (La Ley 1278/2005).
- SEIJAS QUINTANA, J.A.: La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad: posturas de nuestros tribunales y perspectivas de futuro, en *Práctica de Tribunales*, núm. 145, Sección Estudios, julio-agosto de 2020, Wolters Kluwer. (La Ley 9640/2020).
- PAU, A.: De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, en *Revista de Derecho Privado*, V. V, Núm. 3, 2018 <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC>, 5-28.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 403/2018 de 27 de junio de 2018, Rec. 4360/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 77112/2018). ECLI: ES:TS:2018:2493.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: SEIJAS QUINTANA, José Antonio. (La Ley 59408/2016). ECLI: ES:TS:2016:2573.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.
- ATS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 de diciembre de 2020, Rec. 197/2020. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 180631/2020). ECLI: ES:TS:2020:11942.^a.
- ATS Sala Primera, de lo Civil, Auto de 5 de febrero de 2020, Rec. 5139/2018. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 2412/2020). ECLI: ES:TS:2020:1139.^a.
- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, Sentencia 1091/2020 de 29 de octubre de 2020, Rec. 1462/2019. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. (La Ley 181844/2020). ECLI: ES:APCA:2020:1417.
- SAP de Segovia, Sentencia 248/2020 de 9 de julio de 2020, Rec. 176/2020. Ponente: Jesús MARINA REIG. (La Ley 99613/2020). ECLI: ES:APSG:2020:300.
- SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 118/2020 de 15 de abril de 2020, Rec. 595/2019. Ponente: María Piedad LIÉBANA RODRÍGUEZ, (La Ley 51364/2020). ECLI: ES:APO:2020:1677.

- SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 44/2020 de 31 de enero de 2020, Rec. 376/2019. Ponente: Rafael MARTÍN DEL PESO GARCÍA. La Ley 29633/2020. ECLI: ES:APO:2020:1111.
- SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 1276/2019 de 16 de julio de 2019, Rec. 211/2019. Ponente: María de los Reyes CASTRESANA GARCÍA. (La Ley 138741/2019) ECLI: ES:APBI:2019:2358.
- SAP de Toledo, Sección 1.^a, Sentencia 376/2001 de 28 de noviembre de 2001, Rec. 264/2001. Ponente: Emilio BUCETA MILLER. (La Ley 215353/2001).
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, Sentencia de 21 de septiembre del 1999, Rec. 692/1998. Ponente: Carlos MORENO MILLÁN. (La Ley 126196/1999).

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE 21 de abril de 2008.
- Ley 11/1981, de 13 de mayo de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Ref. BOE-A-1981-11198.
- La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Ref. BOE-A-1983-28123.
- La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ref. BOE-A-1996-1069.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en DOGC núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010.

NOTAS

¹ Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF

² «En cuanto al procedimiento de provisión de apoyos hubiera sido más adecuado sustituir el actual procedimiento contradictorio por un procedimiento de jurisdicción voluntaria, garantizándose de este modo el respeto a la capacidad jurídica de los discapacitados en igualdad de condiciones con los demás. Un procedimiento contradictorio se caracteriza por situar al sujeto discapacitado como parte “demandada”. En los procesos existen dos partes (demandante y demandado) que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, siendo así que el Juez o Tribunal se limita a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones. Se trata de un proceso civil, si bien la jurisprudencia ha venido dejando claro que, pese a ello, no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes (que es lo que, como hemos visto, caracteriza a este tipo de procesos), sino la vía adecuada para lograr la efectiva protección de la persona mediante el establecimiento del apoyo que pueda precisar para el ejercicio de su capacidad jurídica (33). Pese a esta concepción, es cierto que al fin y al cabo el proceso contradictorio convierte al discapacitado en objeto de análisis y evaluación al efecto de determinar si dispone o no de capacidad, siendo así que esto ya no se ajusta a la realidad reflejada por la Convención, que propugna la igualdad de todos en el ejercicio de la capacidad jurídica. A lo anterior debe añadirse que, en coherencia con la concepción del discapacitado como objeto de debate y estudio, no se le permite manifestar su opinión al respecto. En efecto, de acuerdo con el artículo 759 LEC en la redacción propuesta por el Anteproyecto, el Tribunal, en el procedimiento de adopción de medidas de apoyo, practicará las siguientes pruebas (además de las que se practiquen con arreglo al art. 752 LEC): a) reconocerá por sí mismo a la persona

afectada; b) dará audiencia al cónyuge no separado legalmente o de hecho o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable y a los parientes más próximos, salvo que la demanda haya sido presentada por el propio afectado y este hubiera solicitado no practicar dicha audiencia y el Tribunal estime que es lo más conveniente para preservar su intimidad; c) acordará los dictámenes periciales necesarios. Únicamente se da audiencia al discapacitado —si tuviera suficiente juicio— además de a los parientes más próximos y demás personas que el Tribunal estime oportuno, a efectos de nombramiento del curador; si este no estuviera propuesto. Sin embargo, las decisiones judiciales para la provisión de apoyos deberían adoptarse teniendo en cuenta, entre otras opiniones, la del propio discapacitado.

El procedimiento adecuado sería uno de jurisdicción voluntaria, que se caracteriza precisamente por la ausencia de controversia. Aquí no hay partes, sino interesados, si bien se prevé la participación del Ministerio Público. Y ello precisamente por tratarse de un expediente que requiere la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil, sin que exista controversia que deba suscitarse en proceso contencioso (art. 1.2 Ley de Jurisdicción Voluntaria). De acuerdo con el artículo 44 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria “Se aplicará lo dispuesto en esta Sección (Sección 2 ‘De la tutela y la curatela’, Capítulo IV ‘De la tutela, la curatela y la guarda de hecho’), Capítulo para la constitución de la tutela y de la curatela, siempre que no se solicite dicha constitución en un proceso judicial para modificar la capacidad de una persona». En coherencia con la supresión del procedimiento de modificación de la capacidad, el de provisión de apoyos debería seguir estos trámites».

Vi. GARCÍA HERRERA, Vanessa: Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega, en *Actualidad Civil*, núm. 7-8, julio-agosto de 2019, Wolters Kluwer. (La Ley 9085/2019).

³ IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: Apunte jurisprudencial sobre la curatela en supuestos de incapacidad parcial, en *RCDI*. Estudios jurisprudenciales. Derecho civil. Núm. 778 marzo-abril. 1141 a 1154.

⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. En esta primera e inicial versión se indicaba que «*Artículo 171. La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por, sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado por alguna de las causas indicadas, no se constituirá la tutela, sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título.*

La patria potestad prorrogada terminará:

1.º *Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.*

2.º *Por la adopción del hijo.*

3.º *Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.*

4.º *Por haber contraído matrimonio el incapacitado.*

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela».

⁵ La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, en su artículo 4.º indicó que se modificaba el párrafo 1.º del artículo 171 de la siguiente manera:

«La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá tutela sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título».

⁶ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, modificó el precepto indicando en su disposición final, decimoctava, apartado 2.º que «*En el primer párrafo del artículo 171 se eliminan las palabras “no se constituirá la tutela, sino que”*».

Al final del último párrafo de este mismo artículo 171 se agrega la frase «o curatela, según proceda».

⁷ La SAP de Murcia de 6 de junio de 2000 que el fundamento de esta institución reside en que, siendo la patria potestad el poder tuitivo por excelencia, resulta lógico que cuando se llega a la mayoría de edad, en caso de incapacidad, si viviere el titular de la patria potestad, sea este y ningún otro quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encargado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses.

⁸ SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 44/2020 de 31 de enero de 2020, Rec. 376/2019. Ponente: Rafael MARTÍN DEL PESO GARCÍA. La Ley 29633/2020. ECLI: ES:APO:2020:1111.

⁹ SAP de Asturias, Sección 7.^a, Sentencia 118/2020 de 15 de abril de 2020, Rec. 595/2019. Ponente: María Piedad LIÉBANA RODRÍGUEZ, (La Ley 51364/2020). ECLI: ES:APO:2020:1677.

¹⁰ ATS, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 2 de diciembre de 2020, Rec. 197/2020. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 180631/2020). ECLI: ES:TS:2020:11942.^a

¹¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 403/2018 de 27 de junio de 2018, Rec. 4360/2017. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 77112/2018). ECLI: ES:TS:2018:2493.

¹² STS, Sala Primera, de lo Civil, 635/2015 de 19 de noviembre de 2015, Rec. 62/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA, (La Ley 169935/2015). ECLI: ES:TS:2015:4711.

¹³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 373/2016 de 3 de junio de 2016, Rec. 2367/2015. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 59408/2016). ECLI: ES:TS:2016:2573.

¹⁴ SAP de Segovia, Sentencia 248/2020 de 9 de julio de 2020, Rec. 176/2020. Ponente: Jesús MARINA REIG. (La Ley 99613/2020). ECLI: ES:APSG:2020:300.

¹⁵ Discapacidades producidas: por la evolución social y de la medicina que ocasionan enfermedades generadoras de algún tipo de discapacidad (estrés, accidentes de todo tipo...), y, por otro lado, los avances científicos y la mejora de las condiciones de vida, han permitido una reducción de la mortalidad y una prolongación de la esperanza de vida de las personas discapacitadas.

¹⁶ Artículo 200 «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Artículo 201 «Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad».

¹⁷ Hacer alusión a la exposición de motivos donde lo concreta.

¹⁸ El artículo 234 Código civil advierte que «para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223 del Código civil. 2.º Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3.º A los padres (...)».

¹⁹ Vid. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de mayo de 2005, 1029, tomo 1, Editorial LA LEY. (La Ley 1278/2005).

²⁰ SANCHO GARGALLO, Ignacio: *Incapacitación y tutela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 116.

²¹ La SAP de Toledo, Sección 1.^a, Sentencia 376/2001 de 28 de noviembre de 2001, Rec. 264/2001. Ponente: Emilio BUCETA MILLER. (La Ley 215353/2001) dice que «el requisito de la convivencia del artículo 171 del Código civil, no puede ser entendido en su sentido literal, pues ello dejaría fuera de la posibilidad de prórroga (debería decir rehabilitación), precisamente los casos más graves de incapacidad, es decir, aquellos como el presente, en que el sujeto, por su grave estado de retraso o de enajenación, requiera de su internamiento en centro adecuado. Evidentemente el sentido del requisito de la convivencia se refiere a que el incapacitado no conviva con otra persona distinta de sus padres (por ejemplo, con un hermano, con una pareja de hecho, etc.), supuestos en los que la rehabilitación podría no tener sentido, pero sin duda se comprenden en el precepto los incapaces que ingresados en un centro han convivido hasta entonces con sus padres, pues si no, prácticamente quedaría desprovisto de contenido».

²² SAP de Murcia, Sección 1.^a, Sentencia de 21 de septiembre del 1999, Rec. 692/1998. Ponente: Carlos MORENO MILLÁN. (La Ley 126196/1999). Sentencia que indica que no procede la rehabilitación porque no se cumple uno de los requisitos exigidos para ello, cual es la necesaria convivencia del incapaz con uno alguno de los progenitores.

²³ El artículo 162 del Código de Familia de Cataluña, titulado Constitución de la tutela o de la curatela, dice que «la autoridad judicial, no obstante lo dispuesto en los artículos 160 y 161 (prórroga y rehabilitación de la patria potestad, respectivamente), dada la edad y situación personal y social del padre y de la madre, el grado de deficiencia del hijo o hija incapaz y sus relaciones personales, puede no acordar la prórroga o rehabilitación de la potestad y ordenar la constitución de la tutela o de la curatela.

²⁴ Resulta que, si un menor está internado en un centro especializado y se le incapacita, automáticamente se prorroga la patria potestad de los padres cuando llegue a la mayoría de edad pero, si en vez de ser menor es mayor de edad, no se puede rehabilitar la patria potestad de los progenitores del incapacitado (*Vid.* SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, *cit.*, 4)

²⁵ Trastorno generalizado de desarrollo y retraso mental leve. Limitación importante en actividades que requieren una cierta elaboración intelectual como pueden ser todas las relacionadas con el proyecto vital del paciente (plan de trabajo, integración social independiente etc.) así como las que precisan de una elaboración más avanzada especialmente referida al manejo de su patrimonio y todas las actividades derivadas del mismo (testar, hipotecar, compraventa, contratos). SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, Sentencia 1276/2019 de 16 de julio de 2019, Rec. 211/2019. Ponente: María de los Reyes CASTRESANA GARCÍA. (La Ley 138741/2019) ECLI: ES:APBI:2019:2358.

²⁶ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 5 de febrero de 2020, Rec. 5139/2018. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN. (La Ley 2412/2020). ECLI: ES:TS:2020:1139.^a.

²⁷ SAP de Cádiz, Sección 5.^a, Sentencia 1091/2020 de 29 de octubre de 2020, Rec. 1462/2019. Ponente: Nuria Auxiliadora ORELLANA CANO. (La Ley 181844/2020). ECLI: ES:APCA:2020:1417.

²⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Actualidad Civil*, núm. 9, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de mayo de 2005, 1029, tomo 1, Editorial LA LEY. (La Ley 1278/2005).

²⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Publicado en DOGC núm. 5686 de 5 de agosto de 2010 y BOE núm. 203 de 21 de agosto de 2010.

³⁰ Artículo 236-35 Constitución de la tutela o de la curatela: La autoridad judicial, no obstante, lo establecido por los artículos 236-33 y 236-34, teniendo en cuenta la edad y la situación personal y social de los progenitores, el grado de deficiencia del hijo incapaz y sus relaciones personales, puede no acordar la prórroga o rehabilitación de la potestad y ordenar la constitución de la tutela o de la curatela.

³¹ Los padres deben ser titulares de la patria potestad. No cabe que el progenitor privado o suspendido de la patria potestad sea el apoyo de su hijo menor con discapacidad

³² Recordemos que las características de la curatela se centran en que:

— serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise,
— respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica —atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268).

³³ Artículo 270: La autoridad judicial establecerá en la resolución las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida.

También podrá exigir en cualquier momento al curador informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella. Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela.

³⁴ *Constitución de fianza* artículo 284.: Cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma.

Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial. En cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

Inventario del patrimonio (art. 285). El curador con facultades representativas estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

El inventario se formará ante el letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente. El letrado de la Administración de Justicia podrá prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero de este artículo si concurriere causa para ello.

³⁵ Artículo 287. El *curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo* necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar; bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, arrendar inmuebles por tiempo que exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e interés de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.

1.2. Derecho de Familia

El derecho de relación de los abuelos: una relectura

Grandparents' contact rights: a critical assessment

por

JORDI RIBOT IGUALADA

Catedrático de Derecho civil

*Instituto de Derecho privado europeo y comparado
Universitat de Girona*

RESUMEN: Este trabajo analiza la aplicación jurisprudencial del régimen jurídico de las relaciones personales entre abuelos y nietos, y qué alcance tiene el derecho de los abuelos a comunicarse y relacionarse con sus nietos ante la oposición de los progenitores. El marco legal se examina teniendo en cuenta los intereses de todas las partes involucradas (progenitores, abuelos y nietos). La experiencia de más de veinte años de aplicación de las normas sobre derecho de relación de los abuelos aporta luz sobre el impacto que ha tenido el reforzamiento de los intereses de los abuelos. Pero también plantea la cuestión de si esa elección legislativa acaso podría haber dado pie a muchos litigios inútiles y potencialmente dañinos.

ABSTRACT: *This article examines how case law deals with claims of grandparents who seek contact with their grandchildren against the will of one or both parents, and the scope given to their rights. The resulting state of the law is assessed taking into account the interests of all the parties involved (parents, grandparents, and grandchildren). The experience of more than twenty years of application of the specific provisions concerning grandparents' contact rights sheds light on the impact of giving grandparents stronger legal rights. It also prompts the question of whether this legislative choice might have brought about useless and potentially harmful litigation.*

PALABRAS CLAVE: Abuelos y nietos. Derecho de relación. Interés superior del menor. Patria potestad.

KEY WORDS: *Grandparenthood. Contact. Best interest of the child. Parental responsibilities.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS RELACIONES DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS: 1. CONDICIÓN DE ABUELO, PARENTESCO E INTERÉS DEL MENOR. 2. ¿EVITAR UN DAÑO, HACER UN BIEN O SIMPLEMENTE ESPERAR QUE NO PASE NADA MALO? 3. UNA REGULACIÓN DEMASIADO ABIERTA E INDETERMINADA: A) *Ruptura de la pareja formada por los progenitores.* B) *Muerte de un progenitor.* C)

Familia intacta. 4. FICCIÓN Y REALIDAD: EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ABUELOS.—
III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objeto el régimen jurídico de las relaciones personales entre abuelos y nietos a la luz de la experiencia de la aplicación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos¹, así como de las variantes autonómicas basadas en planteamientos idénticos².

Con todo, no se pretende abarcar con exhaustividad el material jurisprudencial o doctrinal. Este material puede hallarse sin dificultad en los trabajos monográficos dedicados al tema³ y en estudios publicados muy recientemente en esta misma sección de la *Revista Crítica*⁴.

Por lo tanto, estas líneas tienen un propósito mucho más analítico que descriptivo, y persiguen plantear cuestiones de fondo acerca de la razonabilidad de la situación actual en atención a los intereses de las partes involucradas (progenitores, abuelos y nietos). La reforma de 2003 persiguió el reforzamiento de los intereses de los abuelos. Pero de un tiempo a esta parte resulta patente que esta decisión podría haber dado pie a litigios inútiles y potencialmente dañinos, y pasa a un primer plano la necesidad de enjuiciar cada caso con base en un análisis contextual y pormenorizado de qué es lo que responde mejor al interés de los menores involucrados en estos conflictos⁵.

El repaso del marco legal del derecho de relación entre abuelos y nietos, así como de su aplicación por los tribunales, permite aflorar algunos elementos que, desde mi punto de vista, merecen una reflexión crítica. Esta reflexión pasa por destacar que el examen de los casos desde la óptica del interés superior de los menores implicados hace inviable seguir dispensando a los abuelos un trato especial o privilegiado, ya que ello desvirtúa la imparcialidad del sistema legal a la hora de dilucidar si y con qué alcance debe imponerse coactivamente un derecho de relación de los abuelos. Efectivamente: más allá de las ambiguas referencias al interés del menor contenidas en algunos textos legales autonómicos⁶ y repetidas por la propia doctrina jurisprudencial, en algunas de las más recientes resoluciones del Tribunal Supremo parece abrirse paso una tendencia a poner un mayor énfasis en la necesidad de someter las pretensiones de los abuelos al examen de qué beneficio real tendrá el contacto solicitado desde la óptica del interés superior del menor.

II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS RELACIONES DE LOS ABUELOS CON SUS NIETOS

1. CONDICIÓN DE ABUELO, PARENTESCO E INTERÉS DEL MENOR

La jurisprudencia nunca ha exigido a los abuelos que reclaman poder tener relaciones personales con sus nietos que, con anterioridad a la demanda, hubiesen mantenido con ellos una relación de afecto o familiar⁷. Los tribunales también han considerado que existe una presunción legal en virtud de la cual esas relaciones deben acordarse a menos que los progenitores demandados puedan alegar y demostrar que las impiden por una justa causa. Parafraseando el

preámbulo de la Ley 42/2003, los tribunales suelen dedicar una parte importante de sus sentencias y autos a repetir que hay que preservar y alentar las relaciones entre abuelos y nietos. Las sentencias aluden repetidamente al «carácter siempre enriquecedor de las relaciones abuelos y nietos», así como a que el contacto con la familia extensa es un factor esencial de estabilidad para los niños y una experiencia enriquecedora.

Dado que se considera que las relaciones de los abuelos son beneficiosas *per se*, la carga de la prueba termina recayendo sobre los progenitores que se oponen al contacto con los abuelos⁸. La doctrina lo considera coherente con la regla general de distribución de la carga de la prueba recogida en el artículo 217.3 LEC⁹.

La prueba de la justa causa se requiere en todos los grupos de casos. No solo cuando antes de la reclamación existía o había existido una relación con los abuelos. Desde luego no únicamente cuando esta relación hubiese tenido un cierto nivel de intensidad (frecuencia, duración, afectividad). En consecuencia, puede concluirse que en nuestro Derecho las pretensiones que la ley confiere a los abuelos existen automáticamente en función de los lazos de sangre, y también que la mera relación de parentesco en este grado conlleva notables consecuencias de carácter sustantivo y procesal. A saber: por el hecho de ser abuelo se puede presumir tanto la existencia de afecto (real, o que se puede desarrollar *de forma natural*) como que las relaciones personales solicitadas serán apropiadas.

Este criterio contrasta con las reglas aplicadas a otros familiares o a los allegados. En el caso de una tía paterna que demandó a su hermano para relacionarse con una sobrina a quien no conocía y que nunca había tratado, el Tribunal Supremo rechazó la acción porque «no buscaba restablecer una relación interrumpida, sino crear una nueva»¹⁰. El padre de la niña y su hermana habían roto relaciones muchos años antes, con ocasión del matrimonio del primero contra de la opinión de su familia. Tras ese enfrentamiento, el hermano había abandonado Almería, su lugar de origen, para comenzar una nueva vida con su pareja en el País Vasco, donde nació su hija¹¹.

La doctrina subraya que cualquier decisión que afecte a un menor debe basarse en su interés superior, lo que incluye la decisión sobre las relaciones personales que desean entablar sus abuelos¹². Sin embargo, como escribió SALANOVA VILLANUEVA, «el parentesco directo que les une permite presumir que las relaciones personales con ellos van a beneficiar al menor, y ello les concede un “título” en razón del cual pueden aspirar legítimamente a las visitas»¹³. A mi juicio, en cambio, el marco legal actual, construido a partir de esta potente presunción de que el contacto con los abuelos siempre es bueno para los niños, hace que la cuestión esencial del interés del niño afectado por la medida se deje virtualmente de lado en el caso de los abuelos¹⁴.

La jurisprudencia también insiste en muchas ocasiones en relacionar la justa causa que menciona el artículo 160 II del Código civil con el interés del menor. Ahora bien: hasta hace bien poco la práctica judicial se ha caracterizado por el empleo de afirmaciones genéricas sobre el beneficio de las relaciones con los abuelos, aserciones que no obstante a menudo no tienen relación con el caso y mediante las cuales se hurta un análisis contextual del supuesto concreto. Existe la tendencia, que ya manifestó TORRES PEREA¹⁵, a encubrir tras un supuesto interés del menor «lo que no es sino la imposición de un determinado orden natural que basado en el dato biológico del parentesco vendría a ser una supuesta e ineludible exigencia de nuestra tradición cultural, y la imposición de ese orden natural a los únicos que favorecería realmente sería a los abuelos, ya fuera a costa del interés del menor o no».

Es un hecho que, al decidir sobre las relaciones con los abuelos, los tribunales españoles no se han visto compelidos a desarrollar un modelo basado en la evaluación crítica y la ponderación de los diferentes elementos necesarios para tomar una decisión ante una situación concreta y respecto a un determinado menor. En realidad, este análisis se delega en los servicios judiciales que proporcionan informes psicosociales sobre los casos litigados. Sin embargo, investigaciones recientes han demostrado que estos informes tienden a recomendar el contacto utilizando una postura optimista y centrada en lo que interesa a los abuelos demandantes, siempre que se ajusten a su rol estereotipado¹⁶. Las sentencias tienden por ello a dejar de lado el examen de sus características personales, tanto por lo que hace a su propia trayectoria personal o comportamiento en el pasado, como a su capacidad o a sus habilidades actuales para interactuar con los niños. En cuanto a la primera cuestión, por ejemplo, la doctrina especializada aplaude al criterio expuesto por alguna sentencia y según el cual revisar la conducta pasada de los reclamantes supondría «una especie de “condena” por hechos pasados que no justifica la sanción al menor» (COLÁS ESCANDÓN, 2005, 159). Por lo que hace al segundo punto, el relato fáctico de algunas resoluciones produce incluso cierta desazón cuando se constatan las condiciones de la vida familiar en el hogar de los abuelos y la gran confianza que los órganos judiciales muestran en la capacidad de los demandantes de garantizar el bienestar del menor¹⁷.

Lo más habitual es que al final del procedimiento se recurra a imágenes tópicas, que sustituyen a las pruebas directas y concretas con que respaldar la presunción de que el contacto es pertinente. Cuando los informes psicosociales corroboran que la relación con los demandantes podría resultar satisfactoria, o al menos que no representa ningún riesgo para los menores, las sentencias suelen referirse a esos informes. En caso contrario, se tiende a minimizar su importancia, o a recoger las contradicciones entre los diversos peritos intervinientes. Por lo común, las consideraciones recogidas en el preámbulo de la Ley 42/2003 y repetidas en muchas resoluciones no se evalúan en concreto según las circunstancias del caso. Quiero decir que el papel de estabilización, así como otras funciones que la ley predica de los abuelos, no se atribuyen a los demandantes tras examinar cuál es su edad, estado de salud, capacidad o posición económica, por poner un ejemplo. Los tribunales aplican el marco legal asumiendo que en principio los demandantes poseen las cualidades típicamente asignadas a los abuelos, esto es, que son personas dedicadas y afectuosas, o que sin duda lo serán. También se presume que pueden desempeñar los roles asignados legal y socialmente a los abuelos y hacerlo pasando cierto tiempo con sus nietos, sin esperar ninguna o muy poca cooperación de los progenitores.

Un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Asturias ilustra este enfoque¹⁸. A pesar de que el tribunal reconoce que el origen del problema es «la actitud de los abuelos, claramente intervencionista, que niegan la existencia de problemática familiar, no asumiendo su parte de responsabilidad en el conflicto», concluye que:

«la desavenencia entre los progenitores y los apelantes... por sí sola no ha determinar la desestimación de la demanda, no constando otros datos que interfieran en la relación entre abuelos y nieto, que siempre lo han acogido y tratado como mejor entendían,... por lo que considera esta Sala que el interés superior del menor determina, pese a la evidente ausencia de relaciones entre las partes, que es bueno para el menor dicha relación con sus abuelos, en la presunción de que el

contacto con los miembros de su familia extensa beneficia el desarrollo del mismo y, se intente una normalización o, al menos, un intento de acercamiento y reanudación de las visitas».

Este modo de proceder, sin embargo, no respeta lo que requiere el interés superior del menor. De ello se ha hecho eco el Tribunal Constitucional, que ya ha anulado una sentencia que establecía un régimen de relaciones personales de los niños con sus abuelos sin proporcionar una motivación suficiente del alcance concreto que se había dado a los derechos de los abuelos¹⁹. En efecto: la STC 136/2014, de 8 de septiembre, concluyó que:

«La decisión judicial sobre la conformación del régimen de visitas de los abuelos con los nietos se fundamenta en una genérica traslación del régimen de visitas para progenitores no custodios, sin ningún elemento de individualización y sin ninguna referencia al interés de los menores. Tanto en la resolución de instancia como en las resoluciones posteriores, y una vez razonada la inexistencia de elemento impeditivo para la comunicación entre abuelos y nietos, se menciona genéricamente la adecuación o conveniencia de este amplio régimen de visitas, sin concretar los elementos del acervo probatorio que determinarían la idoneidad desde la perspectiva del interés de los menores. En consecuencia, existe una absoluta falta de ponderación del principio del interés superior del menor en este ámbito decisonal, que torna a la resolución dictada en infundada, desde el canon constitucional exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el art. 39 CE), por lo que debe estimarse la demanda de amparo y restablecer al recurrente en la integridad del derecho fundamental vulnerado, anulando las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de primera instancia para que se dicte nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental lesionado».

Una adecuada motivación debe proporcionarse siempre, y es desde luego imprescindible para justificar el hecho mismo de acordar esas relaciones. En muchos casos las sentencias se limitan a concluir que lo acordado es lo mejor para el niño, pero omiten razonar su decisión con relación a los elementos de hecho que dan sentido al caso. No es que falte prueba, sino que a menudo los informes psicosociales obrantes en autos, cuando son positivos, sirven de atajo para alcanzar una decisión cuya motivación no cumple los estándares que requiere la protección del interés superior del menor. Como observó el Tribunal Constitucional en el caso citado, no es común aflorar los elementos de individualización o qué elementos de prueba determinan la idoneidad del contacto desde la perspectiva del interés de los menores. Básicamente, porque en el caso de los abuelos esta idoneidad se presupone.

En cambio, la perspectiva cambia cuando los tribunales deben justificar por qué se refuta la presunción legal favorable a los abuelos. Así, la SAP Barcelona, Sección 18.ª, núm. 231/2019, de 20 de marzo, concluyó que «la abuela no ha ofrecido ni puede ofrecer el espacio deseado de socialización favorecedor de estabilidad afectiva y personal de su nieto que ha vivido en el entorno familiar paterno situaciones de maltrato emocional. Todo lo contrario, la reanudación de la relación puede provocar como informa la terapeuta una regresión grave». En

el caso, la abuela demandante había ayudado a su hijo, acusado de actos de violencia de género, a sustraer ilegalmente al nieto. También resulta ilustrativo que los tribunales sean mucho más proactivos y aborden un examen más completo de toda la situación en los casos en que dos líneas de abuelos pleitean sobre la custodia de unos menores²⁰.

La experiencia traumática de los progenitores como hijos solo se ha tenido en cuenta de un modo muy excepcional²¹. No obstante, resulta evidente que esa experiencia habrá causado secuelas psíquicas graves, sin cuya superación resulta muy difícil que pueda conseguirse algo positivo por la vía de forzar unas relaciones entre los nietos y los abuelos, porque la ausencia previa de relación obedece a que había desaparecido en la generación anterior. Lo pone de relieve de un modo muy claro la SAP Barcelona, Sección 18.^a, 179/2019, de 27 de febrero, relativa a la reclamación de un derecho de relación de la abuela paterna, que al parecer se había desentendido de sus hijos durante su infancia, de modo que se vieron forzados a salir adelante por su cuenta y contando con el apoyo de una tercera persona, que fue quien ejerció el papel de madre. Tras un minucioso examen del contexto y de toda la prueba testifical y pericial, el tribunal concluyó que «de lo que se trata es de constatar si procede o no un régimen de visitas entre una abuela ausente y unas niñas de cinco años de edad... cuando la relación vital primaria con el hijo está gravemente dañada sin que se muestre voluntad de restauración». Y en esta tesitura, el tribunal reprochó a la reclamante que:

«las razones que alega... para desear ver a la menor no se basan en la expresión de un sentimiento afectuoso o una emoción instintiva y natural, sino puramente biológica, entendiendo que al ser las hijas de su hijo debe conocerlas».

A lo que no cabía sino responder que:

«Antes de tratar de imponer una relación personal entre la abuela y las nietas debe restaurarse la relación materno-filial, como recomienda la sentencia impugnada, instando en esta alzada nuevamente a las partes a que intenten comprender la posición del otro, asumir una realidad que ya no puede modificarse y tratar de superar otros recuerdos mas dolorosos para conseguir un cierto acercamiento que siempre resultará beneficioso no solo para las niñas sino especialmente para la madre y el hijo. Una vez conseguido este acercamiento, la relación con las nietas surgirá de forma natural»²².

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²³, que también reconvino a la reclamante por basarse «en una razón puramente biológica y porque «...son hijas de su hijo...», como si ello le otorgara un derecho incondicionado a poder mantener, en la actualidad, una relación que debería serlo con otros pilares de tipo afectivo y de ayuda a su desarrollo que no constan»²⁴.

2. ¿EVITAR UN DAÑO, HACER UN BIEN O SIMPLEMENTE ESPERAR QUE NO PASE NADA MALO?

La protección privilegiada conferida por la ley a los abuelos también dificulta aclarar cuál es el estándar que se tiene que aplicar para determinar lo que conviene al interés del menor.

De hecho, durante mucho tiempo los casos se han centrado únicamente en analizar cuál es la probabilidad de que los niños sufran daños graves a causa de la imposición forzosa del régimen de comunicación y relaciones personales solicitado por sus abuelos. En la práctica se ha partido con naturalidad de la idea que corresponde a los progenitores levantar la presunción de que la relación con los abuelos responde al interés de los menores, aportando pruebas que revelen que el tiempo que sus hijos pasen con ellos *les causará un daño*. Además, las alegaciones de un potencial impacto psicológico negativo o de otros efectos secundarios de inestabilidad emocional generalmente se descartan como especulativas. Incluso cuando los temores de los progenitores se consideran razonables los tribunales siguen acordando visitas, en este caso bajo supervisión²⁵. Solo una alta probabilidad de daños graves ha justificado, excepcionalmente, la desestimación total de las demandas²⁶.

Incluso cuando es probable que la relación pueda causar perjuicios a los menores, pero el daño sea de escasa entidad, la demanda debe ser estimada. EGEA FERNÁNDEZ sostiene por ejemplo que, en tanto que se dé la previa valoración de que es mejor para el interés del niño mantener las relaciones que suprimirlas, deben asumirse unos «efectos nocivos no traumáticos»²⁷. También deberá estimarse la demanda aunque no se demuestre que la relación producirá algún beneficio concreto, y ello porque, en abstracto, las relaciones con los abuelos, como se viene repitiendo, son siempre positivas y enriquecedoras²⁸.

Este planteamiento merece ser revisado, y de hecho ya lo está siendo en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este tipo de conflictos, el análisis del interés del menor debe centrarse siempre en (a) *evitar el daño que sufren los niños por estar separados de sus abuelos*, lo que presupone que antes ha existido una relación personal significativa para los menores, o (b) *demostrar el beneficio real que obtendrán del contacto con sus abuelos*, si todavía no los han podido conocer y tratar²⁹.

Dos casos resueltos en 2019 dan buena cuenta del necesario cambio de perspectiva, así como de las consecuencias que tiene sujetar de verdad el análisis de las reclamaciones de los abuelos al parámetro del interés superior del menor.

En el primer caso, la abuela demandante sufría trastorno depresivo recurrente, había tenido varios intentos de autolisis y necesitaba constante medicación y terapia. No conocía a su nieto, no mantenía relación con los progenitores del menor ni con su otra hija desde hacía más de 12 años; tampoco con su exmarido, ni con el resto de la familia. En primera instancia, se concluyó que carecía de sentido obligar al niño a acudir a un punto de encuentro familiar, dado que el nivel de enfrentamiento entre el padre y la abuela hacía probable que el contacto con esta generase sufrimiento al menor, al verse involucrado en un conflicto que le era totalmente ajeno. Pese a ello, la Audiencia Provincial de Sevilla resolvió estimando el recurso de apelación de la abuela. A juicio del tribunal, el carácter supervisado de las visitas permitía respetar, por un lado, «la valoración en principio positiva de la relación de los abuelos con sus nietos» y, por otro lado, «la estabilidad y seguridad del menor». En casación, el Tribunal Supremo estima el recurso de los progenitores³⁰. La Sala reitera la doctrina de las Sentencias 18/2018, de 15 de enero, y 532/2018, de 27 de septiembre, pero la importancia de esta sentencia radica en que da un paso más, siquiera sea indirectamente o sin la debida claridad: sitúa el eje del razonamiento en el carácter prevalente del interés del menor, que proyecta sobre la improcedencia de imponerle riesgos en interés de terceros. En palabras de la propia sentencia:

«[la menor] se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca».

La supuesta síntesis entre el interés de la abuela y la seguridad de su nieta, situada por la audiencia sevillana en la imposición forzosa de visitas supervisadas, cae por su propio peso porque no consta si semejante solución puede perjudicar o no al menor. El Tribunal Supremo se aleja en esta sentencia, veladamente, de la exigencia probatoria exhibida en numerosas sentencias anteriores, reseñadas en la primera parte de este trabajo.

La segunda de las sentencias recientes del Tribunal Supremo en la materia³¹ sigue esta misma línea. En ese caso tanto en primera instancia como en apelación se concedió al abuelo una hora mensual con sus dos nietos de corta edad en un punto de encuentro familiar. La Audiencia Provincial de Valencia no vio riesgo alguno para los menores habida cuenta de que, a la menor incidencia, la supervisión de los profesionales del punto de encuentro familiar provocaría la suspensión de las visitas. Pues bien, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación diciendo que:

«no basta con argumentar que no está acreditado que el establecimiento del régimen de visitas haya de ser necesariamente perjudicial para el menor; sino que basta el mero riesgo de que ello sea así —por razón de que se les introduce en el conflicto entre los mayores— para no reconocer tal derecho a los abuelos, que siempre ha de ceder ante el interés superior del menor».

Repárese en que, además de contraponer el interés superior del menor a la demostración por los progenitores de una alta probabilidad de ciertos riesgos, la Sala también consideró oportuno reproducir los razonamientos de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal. Ambos textos permiten circunscribir muy bien el sentido de la decisión final del Supremo. La parte recurrente había señalado que «la sentencia recurrida no ha valorado correctamente el interés de los menores en el caso de autos porque les impone cumplir un régimen de visitas sin justificar en qué medida les va a reportar beneficio, en el seno de un ambiente de discordia familiar generada por el propio demandante, cuando —además— este no tiene relación con los menores desde hace varios años, por lo que ni siquiera conoce a su nieta». Y el Ministerio Fiscal había remachado este mismo análisis reprochando a la sentencia recurrida que «no valora, partiendo de los hechos probados, el interés del menor de forma razonable, al hacerlo de forma genérica, sin valorar las circunstancias concurrentes, ni el beneficio que para estos puede suponer el establecimiento del régimen de visitas con el abuelo materno»³².

Por lo tanto, parece que se abre camino una versión mucho más circunstanciada y adecuada del análisis del interés superior del menor en casos en que está en juego el derecho de relación solicitado por sus abuelos, superando las consecuencias indeseables del juego de presunciones legales vinculadas a la proximidad del parentesco y a los estereotipos que prefijan el rol de los abuelos en nuestra sociedad.

Resulta importante subrayar la conexión de las dos sentencias citadas con otra anterior, relativa al derecho de relación de un progenitor que se había alejado por completo de la vida de sus hijos de corta edad, y que años después

pretendía «querer recuperar a sus hijos»³³. A pesar de la abrumadora evidencia de sus carencias afectivas, del desconocimiento de los hijos, de sus trastornos de ludopatía, de residir muy lejos de los niños y de su escasa capacidad económica, en apelación se estableció una comunicación telefónica dos veces por semana durante un máximo de diez minutos. Al decir de la Audiencia Provincial, el régimen de visitas solicitado no resultaba desde luego beneficioso para los menores, pero en cambio «para poder iniciar la relación sí puede resultar eficaz establecer la comunicación telefónica». El Tribunal Supremo no aceptó semejante planteamiento: al contrario, consideró «especialmente relevante que no se aluda en la sentencia al beneficio que para los dos hijos van a suponer esas llamadas telefónicas de dos días a la semana del padre». Con ello, dice el Supremo, se desatiende el interés del menor. Porque aun cuando «debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional», «el interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad». En relación con el caso en cuestión, concluyó que:

«este interés, conforme resulta de la valoración de los datos de prueba, ponen sin duda en evidencia que lo mejor, o lo más conveniente para los menores es que no inicien las relaciones con su padre a través del teléfono sin tener en cuenta el efecto que origina esa reiterada falta de contacto en el tiempo con su padre ni el abandono por parte de este de las obligaciones derivadas de la patria potestad, o los posibles vínculos que se hayan creado con otra figura paterna. La reaparición repentina en sus vidas del padre biológico a través del teléfono en nada garantiza su interés y protección, y especialmente su estabilidad emocional. Primero tendrán que conocerse. Luego hablar y comunicarse y siempre, y en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistentes, siempre que ello sea posible y positivo para los menores, teniendo en cuenta el efecto que ha producido el transcurso del tiempo en su desarrollo».

Como en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que examinamos con anterioridad, el Alto Tribunal percibe lo inoportuno que resulta tratar de forzar una relación significativa partiendo únicamente del dato biológico, y remite a las partes a explorar cómo es posible restaurar una relación interpersonal y que de modo natural pueda surgir una relación personal y familiar entre padre e hijos. Nada justifica que en este tipo de casos el tratamiento de las reclamaciones de los abuelos con base en el artículo 160 II del Código civil sea distinto al que el superior interés del menor impone para las entabladas por los progenitores biológicos.

3. UNA REGULACIÓN DEMASIADO ABIERTA E INDETERMINADA

Los conflictos entre abuelos y progenitores sobre la relación de los primeros con los nietos surgen en entornos muy diferentes. Pero ni las disposiciones legales vigentes, ni tampoco la práctica de los tribunales, acostumbran a hacer distinciones según el tipo de escenario en el que se impiden las relaciones de los abuelos³⁴. Se aplican los mismos principios legales con independencia de si la familia de

los niños sufrió la muerte repentina de uno de los progenitores, el divorcio o la separación de la pareja formada por estos, o si se trata de lo que podemos calificar como una familia «intacta».

Esta diferencia de contextos parece no tener relevancia en la decisión judicial de los casos. Pero en realidad el distinto contexto debería marcar la diferencia, porque es de esencia del examen de cuál es el interés del menor tener en cuenta las circunstancias específicas del niño y de la familia en la que vive. La ponderación del peso relativo de los diferentes intereses enfrentados debe cambiar según el tipo de escenario. El hecho de que ambos progenitores sigan vivos, o no, o de que lleven una vida separada de sus hijos, o de que, por el contrario, mantengan con ellos fuertes vínculos, debería influir en el proceso de toma de decisiones dirigido a acordar las visitas de los abuelos y su alcance. Desde este punto de vista, tampoco puede ser indiferente que los progenitores sigan juntos y estén de acuerdo en no alentar o incluso en impedir el contacto de sus hijos con alguno de los abuelos.

A) Ruptura de la pareja formada por los progenitores

El escenario de ruptura de la pareja propicia que la demanda de los abuelos pueda ser un mero instrumento para mantener vivo el conflicto entre los progenitores separados. Por eso la propia Ley 42/2003 introdujo una advertencia específica para estos casos: el juez «especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faciliten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores»³⁵. Tampoco carece de relevancia si la ruptura ha sido la salida a una situación de violencia familiar o de género, que directa o indirectamente puede afectar al vínculo con los abuelos³⁶.

Más allá de estos mínimos³⁷, la práctica judicial ha tendido a reforzar la autonomía de la acción de los abuelos. Pero como que tras de la ruptura de la convivencia por los progenitores el tiempo de los niños no es infinito, los tribunales también se han visto compelidos a acomodar todas las posibles reclamaciones a los acuerdos aprobados durante los procedimientos vinculados a la ruptura. En este sentido, desde el principio la doctrina ha entendido que hay que procurar que el menor tenga contacto con sus parientes al mismo tiempo que con su progenitor de cada línea. Por eso se ha considerado que en circunstancias normales no debería establecerse un derecho específico para los parientes de una u otra línea, incluidos los abuelos³⁸. Como que no siempre se ve así por los tribunales, el Tribunal Supremo ha tenido que intervenir, anulando una sentencia que había otorgado derechos de comunicación y relaciones personales a unos abuelos paternos que habían presentado una demanda contra la madre y el padre, y frente a la cual este último se allanó³⁹. Con buen criterio, el Supremo estimó el recurso de la madre porque la sentencia recurrida no había justificado por qué los abuelos necesitaban un régimen de visitas propio, siendo así que el padre ya disfrutaba de amplios derechos de visita y nunca se había opuesto a que los abuelos estuvieran con los nietos.

Por lo demás, la doctrina también pone de relieve este carácter secundario que ha de asignarse a la pretensión de los abuelos cuando el origen de la controversia puede situarse en las consecuencias de la ruptura de los progenitores. En primer lugar, porque en muchas situaciones de crisis convivencial «la intensidad de los contactos con los descendientes disminuye, no por una actitud rebelde

en los titulares de la patria potestad, sino como consecuencia de la nueva organización familiar tras la ruptura»⁴⁰. Por lo tanto, la fijación de un régimen de comunicación y estancia en ese entorno requiere demostrar que se impiden las relaciones personales y afectivas, no solo que se han reducido o son más breves o esporádicas. Por otra parte, no carecen de razón quienes apuntan que «si bien es cierto que una separación o un divorcio no deben romper las relaciones que el menor mantenía con anterioridad con otras personas, esto no significa que la crisis matrimonial o de pareja sea el mejor momento para crearlas *ex novo*»⁴¹.

B) Muerte de un progenitor

Si el origen del extrañamiento de los abuelos es la muerte de un progenitor, podría resultar más razonable no requerir la existencia de una relación previa con los nietos antes de presentar la demanda. Es posible que se trate de nietos recién nacidos, cuya madre falleció en el parto o que la muerte repentina del progenitor afecte a niños de corta edad. Admitir un grado mayor de interferencia en la autonomía del progenitor superviviente se basaría en el hecho de que los abuelos han devenido en esos casos las únicas personas vivas en esa línea de parentesco. Aquí no existe nadie más para mantener esa conexión familiar, cuyo significado para la identidad de la persona sería más relevante que en las otras situaciones⁴².

Esta misma idea reforzaría la sugerencia, formulada por algunos autores, en el sentido de que los abuelos que habían podido desarrollar una relación familiar y de afecto con los menores hasta que estos quedaron huérfanos también deberían poder disfrutar de un régimen de comunicación y relaciones personales mucho más amplio que en cualquier otro tipo de casos⁴³.

C) Familia intacta

Muy pocos se preguntan si la intromisión en la autonomía familiar está suficientemente justificada y si los remedios legales guardan proporción con la afectación que la ley permite sobre los intereses de los progenitores y los niños que conviven en una familia intacta. La mayoría de la doctrina prefiere centrarse en subrayar que, pese a los términos legales del artículo 160 II del Código civil, lo determinante, en cualquier caso, debe ser examinar si lo solicitado por los abuelos resulta en interés del niño. Sin embargo, ya hemos podido ver lo complicado que puede ser este análisis si las evidencias y el examen del contexto brillan por su ausencia, reemplazadas por imágenes estereotipadas del rol de los abuelos.

En el caso de una familia intacta, por comparación con los demás casos en que sí existe un elemento disruptivo —sea la ruptura de la pareja, sea la muerte de algún progenitor— los intereses de los progenitores no deberían ser relegados sin más frente a los de los abuelos. Por consiguiente, contra el criterio que se deriva de la interpretación predominante de la normativa vigente, la mera existencia de la relación de parentesco no debería ser suficiente para justificar la imposición de algún tipo de relación con los abuelos por los tribunales⁴⁴. Lo contrario supone insistir en un biologismo que carece de fundamento en la sociedad actual y cuyas nefastas consecuencias se han puesto nítidamente de manifiesto en algunos de los casos examinados en este trabajo.

Desde este mismo punto de vista, debería ser evidente que no es lo mismo que el nieto hubiera mantenido una relación personal y de afecto con sus abuelos, que tal vez los progenitores han interrumpido sin una razón atendible, con daño para sus hijos, o que, por el contrario, nunca hubiese existido una relación de ese tipo, o que los niños ni siquiera les conozcan⁴⁵. Por otra parte, cuando hubiese existido esa relación y se produce una discontinuidad por decisión de los progenitores, determinar que és lo mejor para los niños sigue requiriendo un examen exhaustivo del porqué de la interrupción de la relación y sobre todo qué beneficio va a aportar a los niños hacer rectificar a sus progenitores a la fuerza. La conclusión es clara: en este grupo de casos los tribunales deberían imponer la comunicación y las relaciones personales con los abuelos únicamente cuando puedan concluir, de la prueba obtenida en el procedimiento, incluidos por supuesto los informes psicosociales, que semejante decisión evitará daños a los niños y les proporcionará beneficios reales que contrarrestarán los perjuicios e inconvenientes del procedimiento judicial⁴⁶.

Lo ideal sería que en su mayor parte este análisis se realizara *a limine litis*, estableciéndose criterios sustantivos con que los tribunales pudieran evaluar la oportunidad del procedimiento judicial en caso de oposición de los progenitores, con el efecto de inadmitir la demanda cuando los abuelos no hubieran mantenido ningún tipo de relación familiar significativa con los menores.

4. FICCIÓN Y REALIDAD: EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LOS ABUELOS

La distancia existente entre la fundamentación con la que la ley justifica las pretensiones de los abuelos y la realidad de lo que puede ofrecer el Derecho se pone de manifiesto en el resultado de la mayoría de los casos.

En los casos en que el contacto previo era inexistente y los nietos no habían tenido trato alguno con sus abuelos, las medidas acordadas presuponen que estos últimos deben desempeñar su función crucial para el desarrollo de la personalidad de los niños interactuando con nietos reacios a tratar con ellos, durante un tiempo muy limitado, y a menudo bajo la supervisión de psicólogos y trabajadores sociales en lugares poco acogedores.

Los tribunales acuerdan regímenes de comunicación y relaciones personales amplios solo excepcionalmente, sobre todo en casos de muerte de uno de los progenitores. Si existía una relación personal previa basada en el cuidado y el afecto entre abuelos y nietos, las demandas que tienen éxito suelen obtener unas horas de visita una vez por semana y encuentros durante algunas fechas especiales. No está nada mal, pero las dilaciones indebidas de los procedimientos judiciales y los incumplimientos perjudican en gran medida su efectividad⁴⁷.

La ejecución de las medidas ordenadas por los jueces contra los progenitores renuentes resulta —como sucede en general en estos temas⁴⁸— extremadamente difícil. La doctrina más especializada concluye que nunca se deben hacer cumplir las órdenes judiciales mediante el uso de la fuerza para conducir a los nietos a sus abuelos:

«si el nieto se niega a mantener relaciones personales con sus abuelos, manifestando así una clara muestra de la falta de afecto hacia ellos —sean dichos abuelos los culpables o no—, nunca debe coactivamente obligársele, porque estaríamos atentando precisamente contra el fin que se trata de proteger con esta institución: el interés del menor, al cual

podría psicológicamente afectarle, de modo grave, el hecho de tener que relacionarse por la fuerza, en una situación de clara tensión, con personas con las que no desea hacerlo»⁴⁹.

En cambio, los progenitores se enfrentan al riesgo de ser multados⁵⁰, de tener que pagar indemnizaciones⁵¹ e incluso de ser condenados penalmente si no cumplen las órdenes judiciales⁵². Pero como que este resultado es totalmente indeseable para los menores involucrados en estos casos, la falta de ejecución genera para los abuelos frustración y desconfianza en la justicia.

Por lo demás, los derechos de los abuelos existen porque se supone que estos juegan un papel estabilizador en la familia. Sin embargo, el uso del proceso judicial y la aplicación efectiva de los remedios que la ley proporciona desencadenan inevitablemente más rencor en las familias de los niños, y directa o indirectamente inestabilidad emocional en estos⁵³. Esto es aun más preocupante cuando, como ocurre cada vez con mayor frecuencia, las acciones de los abuelos se emplean en relación con familias intactas. Resulta paradójico que los derechos de los demandantes se funden en que las relaciones con ellos son un factor de estabilidad para los menores y que al mismo tiempo en estos procesos se aluda constantemente a la posible desestabilización de los menores.

Algunas de las sentencias que hemos glosado en este trabajo ponen el acento en la necesidad de que las personas involucradas en estas acciones traten de rehacer la relación de un modo natural y no forzado, acudiendo a procedimientos de mediación familiar o terapias específicamente pensadas para superar este tipo de conflictos. Si en el marco general del Derecho de familia esta vía es aconsejable, en el tema que es objeto de estas páginas parece francamente la única que tiene alguna posibilidad de proporcionar un resultado mínimamente satisfactorio a las partes⁵⁴.

III. CONCLUSIONES

I. Los textos legales sobre relaciones personales de los abuelos con sus nietos, y la jurisprudencia que los interpreta y aplica, parten de un enfoque único para todos los escenarios en que surge un conflicto entre progenitores y abuelos sobre la relación de estos con sus nietos.

II. Este enfoque, además, se ha basado tradicionalmente en presunciones conectadas a la mera relación biológica y se ha reforzado mediante el recurso a premisas abstractas sobre el bienestar de los niños que tienen la suerte de relacionarse con abuelos, hermanos y allegados, en familias que no han sufrido ningún tipo de disrupción. Los efectos positivos de mantener relaciones con la familia extensa son evidentes. Sin embargo, esto no significa que el contacto obligado de un niño con sus abuelos u otros parientes, cuando los progenitores se oponen, resulte necesariamente en su interés.

III. Paradójicamente, la aparente robustez del modelo legal vigente a la hora de declarar los derechos de relación de los abuelos no ha servido para evitar que —por la falta de medios de la administración de justicia, pero sobre todo por las dificultades inherentes a la ejecución del tipo de medidas acordadas por los órganos jurisdiccionales— muchas sentencias totalmente fundadas y que hacen referencia a abuelos que mantenían una relación de afecto y cuidado con los menores hayan quedado en papel mojado.

IV. La experiencia judicial también muestra que paulatinamente han ido ocupando la escena los casos de abuelos que no han tenido la oportunidad de mantener una relación familiar significativa con sus nietos. En este tipo de casos, la elección legislativa de una presunción fuerte de que el contacto con los abuelos es bueno y necesario, y el desapego judicial a revisar el contexto fáctico relevante de cada caso, podrían haber alentado una litigación innecesaria y potencialmente perjudicial.

V. Tras casi veinte años desde las reformas en esta materia, repensar el régimen jurídico de las relaciones de los abuelos con los nietos menores de edad implica poner en primer plano que el interés superior del menor es la única guía para la toma de decisiones. En resoluciones muy recientes, la jurisprudencia ha puesto énfasis en la necesidad de someter la pretensión de los abuelos al examen de qué beneficio real tendrá el contacto solicitado desde la óptica del interés superior del niño. Partiendo de esta premisa, no es indiferente en qué escenario tiene lugar el extrañamiento de los abuelos, y si la familia en que viven los niños ha sufrido o no alguna circunstancia disruptiva (divorcio o separación de los progenitores, muerte de alguno de ellos).

VI. Si bien podría resultar útil una reforma de los textos legales que permitiera inadmitir demandas carentes de los elementos de hecho que justifican el interés del menor en la relación con los demandantes, acaso lo más urgente es mejorar el *modus operandi* siguiendo el modelo de las resoluciones judiciales más recientes, que efectúan un exhaustivo análisis de los elementos de hecho del caso y del contexto en que se pretende imponer algún tipo de relación contra la voluntad de los progenitores. Procede, como comienza a advertirse en la más reciente casuística judicial, examinar en profundidad qué ha llevado a la situación de conflicto, cuáles son las características de las partes y cuál es la situación de los menores, y sobre todo no dejarse llevar por la aplicación mecánica de presunciones que en el fondo solo vienen a absolver nuestros sesgos y prejuicios.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 138/2014, 8 de septiembre de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 477/1996, 11 de junio de 1996.
- STS de 17 de septiembre de 1996.
- STS 858/2002, 20 de septiembre de 2002.
- STS 632/2004, 28 de junio de 2004.
- STS 576/2009, 27 de julio de 2009.
- STS 320/2011, 12 de mayo de 2011.
- STS 689/2011, 20 de octubre de 2011.
- STS 359/2013, 24 de mayo de 2013.
- STS 723/2013, 14 de noviembre de 2013.
- STS 47/2015, 13 de febrero de 2015.
- STS 167/2015, 18 de marzo de 2015.
- STS 516/2015, 16 de septiembre de 2015.

- STS 551/2016, 20 de septiembre de 2016.
- STS 18/2018, 15 de enero de 2018.
- STS 532/2018, 27 de septiembre de 2018.
- STS 666/2018, 21 de noviembre de 2018.
- STS 581/2019, 5 de noviembre de 2019.
- STS 638/2019, 25 de noviembre de 2019.

- ATS de 24 de abril de 2019

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SALA CIVIL Y PENAL)

- STSJC 9/2001, 19 de febrero de 2001.
- STSJC 24/2014, 7 de abril de 2014.
- STSJC 62/2016, 28 de julio de 2016.
- STSJC 1/2017, 12 de enero de 2017.
- STSJC 72/2018, 13 de septiembre de 2018.
- STSJC 63/2019, 23 de octubre de 2019.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid, Sección 22.^a, de 13 de marzo de 1998.
- SAP Jaén, Sección 1.^a, núm. 595/2000, de 30 de noviembre.
- SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 14 de septiembre de 2000.
- SAP Vizcaya, Sección 4.^a, núm. 328/2002, de 16 de mayo.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 39/2005, de 2 de febrero.
- SAP León, Sección 2.^a, núm. 262/2010 de 12 de julio.
- SAP Asturias, Sección 7.^a, núm. 392/2012 de 24 de julio.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 507/2012, de 19 de julio.
- SAP Cádiz, Sección 5.^a, núm. 503/2013, de 14 de octubre.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 503/2016, de 20 de junio.
- SAP Albacete, Sección 1.^a, núm. 14/2017, de 19 de enero.
- SAP La Rioja, Sección 1.^a, núm. 70/2018, 23 de febrero.
- SAP Almería, Sección 1.^a, núm. 144/2018, de 6 de marzo.
- SAP Cádiz, Sección 5.^a, núm. 182/2018, de 6 de abril.
- SAP Las Palmas, Sección 3.^a, núm. 323/2018, de 24 de mayo.
- SAP Madrid, Sección 22.^a, núm. 516/2018, de 12 de junio.
- SAP Illes Balears, Sección 4.^a, núm. 395/2018, 10 de diciembre.
- SAP Madrid, Sección 22.^a, núm. 80/2019 de 29 de enero.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 179/2019, de 27 de febrero.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 574/2019, de 18 de septiembre.
- SAP Jaén, Sección 1.^a, núm. 221/2019, de 5 de marzo.
- SAP Barcelona, Sección 18.^a, núm. 231/2019, de 20 de marzo.
- SAP Asturias, Sección 1.^a, núm. 215/2019, de 21 de marzo.
- SAP León, Sección 2.^a, núm. 117/2019 de 29 de marzo.

- Auto AP Barcelona (Sección 18.^a) núm. 549/2018 de 5 de octubre.
- Auto AP Valladolid, Sección 1.^a, núm. 17/2018 de 19 de enero.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO BERMEJO, A. (2006). *Las relaciones abuelos-nietos. Régimen de visitas. Reclamación judicial*, Madrid: Tecnos.
- ANDERSON, M. (2014). Comentari de l'article 236-4. En J. Egea Fernández y J. Ferrer Riba (dirs.), E. Farnós Amorós (coord.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona: Atelier (805-812).
- ARIAS DÍAZ, M.D. (2005). Reflexiones acerca de la Ley 42/2003, sobre las relaciones familiares entre nietos y abuelos. *Diario La Ley*, núm. 6184, 1-4.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2020). El interés del menor y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos y otros parientes y allegados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1745-1800.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2000). El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código civil. *Diario La Ley*, núm. 5066, 1-4.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2006). El «derecho de visita» de los abuelos y la atribución de la guarda de sus nietos tras la Ley 42/2003, de 21 de noviembre: aspectos sustantivos y procesales. *Revista de derecho de familia*, núm. 30, 45-80.
- CELDRÁN, M.; VILLAR, F.; BENITO, E. (2018). Grandparent Visitation Rights in Spain: Which Psychosocial Arguments are Taken into Account to Grant or Deny Visits?, *Psychiatry, Psychology and Law*, núm. 25(1), 59-71.
- COLÁS ESCANDÓN, A.M. (2005). *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia*, Aranzadi: Cizur menor.
- (2011). Consecuencias derivadas del incumplimiento del régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos. Especial referencia al resarcimiento de los daños morales. *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6(1), 111-142.
- (2015). El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (A propósito de la STC, Sala 2.^a, núm. 138/2014, de 8 de septiembre) *Derecho privado y Constitución*, núm. 29, 133-185.
- DÍAZ ALABART, S. (2003). El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados. *Revista de Derecho Privado*, núm. 87, 345-371.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2005). Comentario a la Sentencia de 28 de junio de 2004. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, 747-764.
- (2006). El dret a les relacions personals entre avis i néts. Notes per a una nova regulació en el dret civil de Catalunya. En E. Amat i Llari, J.M. Abril Campoy (coords.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, vol. I, Tirant lo blanch: València (1213-1248).
- FERRER RIBA, J. (2000). Comentari a l'article 135 Codi de Família. En J. Ferrer Riba, J. Egea Fernández (dirs.) A. Lamarca, C. Ruisánchez (coords.), *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions convivencials d'ajuda mútua*. Tecnos: Madrid (625-634).
- GAYA SICILIA, R. (2002). El derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos, *Anuario de derecho civil*, núm. 55, 91-114.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2012). El derecho de los nietos a mantener relaciones personales con sus abuelos (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2011), *Revista de Derecho de Familia*, núm. 56, 45-60.
- IGLESIA MONJE, M.I. DE LA (2020). El derecho de visita de los abuelos: su denegación por favorecer la inestabilidad y el desarrollo del menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, 1729-1744.

- MARTÍNEZ CALVO, J. (2019). El derecho de relación del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados y su conciliación con el derecho de visitas de los progenitores, *Diario La Ley*, núm. 9538, 1-6.
- MOLINER NAVARRO, R. (2011). Protección legal de las relaciones abuelos-nietos en la jurisprudencia reciente. En F. Blasco Gascó, M. Clemente Meoro, F.J. Orduña Moreno, L. Prats Albentosa, R. Verdera Server (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente Montés Penadés*, Tomo I, Tirant lo Blanch: València (1661-1681).
- NAVARRO CASTRO, M. (2003). Comentario a la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 461-469.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2018). Las interferencias parentales en el cumplimiento del régimen de visitas y posibles soluciones, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 81, 25-34.
- RIVERA ÁLVAREZ, J.M. (2000). El derecho de los parientes y allegados a relacionarse con los menores de edad. Artículo 160.2.º y 3.º párrafos del Código civil. *Revista de Derecho Privado*, núm. 84, 635-672.
- (2001). Reconocimiento judicial del derecho de visita de los abuelos a sus nietos y ejercicio de la patria potestad. Acceso casacional del problema de la extensión del régimen. La disposición transitoria 10.ª de la Ley de 13 de mayo de 1981 (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 23 de noviembre de 1999). *Revista de Derecho Privado*, núm. 85, 75-87.
- SALANOVA VILLANUEVA, M. (1996). Notas sobre el derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con sus nietos (A propósito de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1994), *Anuario de Derecho Civil*, núm. 49, 943-976.
- TORRES PEREA, J.M. DE, (2001). El artículo 160.2 y 3 del Código civil, norma reguladora de un conflicto de intereses entre progenitores y abuelos, *Diario La Ley*, núm. 5296, 1-4.

NOTAS

¹ BOE núm. 280, 22 de noviembre de 2003. Esta ley añadió la mención expresa a los abuelos en el artículo 160 II del Código civil, que pasó a decir que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo *con sus abuelos* y otros parientes y allegados. En 2015, el precepto se volvió a modificar para subsanar una omisión muy criticada: la de los hermanos de los menores (cf. art. 2.10 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia [BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015]).

² Artículos 236-4.2 del Código civil de Cataluña (en adelante, CCCat) y 60 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA). De este último texto merece también subrayarse que en el artículo 77.2 b) [pacto de relaciones familiares] y en el artículo 79.2 a) [medidas judiciales] se establece obligatoriamente la previsión de acuerdos o medidas sobre «régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas» y sobre «el 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», respectivamente.

³ Básicamente, ACEVEDO BERMEJO (2006) y COLÁS ESCANDÓN (2015).

⁴ IGLESIA MONJE (2020, 1729) y BERROCAL LANZAROT (2020, 1745). Véase asimismo MARTÍNEZ CALVO, J. (2019).

⁵ También lo apunta IGLESIA MONJE (2020, 1730).

⁶ En Derecho aragonés la referencia a la «justa causa» se ha reemplazado por lo que exija el interés del menor (art. 60 II CDFA). También el artículo 236-5.1 CCCat parte de que

el perjuicio al interés del menor justifica la suspensión o la denegación de las relaciones personales. En ninguno de los dos casos, no obstante, cabe concluir que la relación con los abuelos debe ser conveniente desde la óptica del interés del menor; sino solo que este interés puede servir para justificar la denegación.

⁷ En el caso decidido por la SAP Jaén, Sección 1.ª, núm. 221/2019, de 5 de marzo, la madre demandada había sido abandonada por la abuela a muy temprana edad y no había tenido ninguna relación con ella hasta que reclamó que le concedieran visitas con su nieto de 4 años. El tribunal desestimó la demanda de la abuela, pero no por falta de una relación previa con el niño. Sostuvo que hacer cumplir cualquier derecho de la abuela inevitablemente empeoraría la discapacidad psíquica que sufre el niño. Como excepción, en cambio, véase la SAP Madrid 316/2018, Sección 22.ª, núm. 516/2018, de 12 de junio, que desestimó la demanda argumentando que la falta de relación entre abuelos y nietos era absoluta («relación absolutamente abandonada por los abuelos desde hace 13 años»).

⁸ COLÁS ESCANDÓN (2005, 141); BERROCAL LANZAROT (2020, 1763).

⁹ EGEA FERNÁNDEZ (2005, 758).

¹⁰ STS 516/2015, 16 de septiembre de 2015. Énfasis añadido.

¹¹ En otro caso, resuelto esta vez por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se sostuvo la doctrina según la cual, a diferencia de los abuelos y los hermanos, los demás familiares y los allegados deben probar que, en el momento en que los progenitores se oponen a las relaciones personales de los niños con ellos, ya existía un vínculo previo con los niños. En el caso de autos este requisito se cumplía ya que la demandante había cuidado a su sobrino durante los primeros años de vida y hasta que fue separada de él por su madre en el momento en que la relación entre ambas hermanas se deterioró irremediamente (STSJC 72/2018, de 13 de septiembre de 2018).

¹² GUILARTE MARTÍN-CALERO (2012, 49-50).

¹³ (1996, 960-961).

¹⁴ En sentido, véase también TORRES PEREA (2001, 3).

¹⁵ (2001, 2).

¹⁶ CELDRÁN/VILLAR/BENITO (2018, 68).

¹⁷ Al tratar del impacto que pueda tener la drogodependencia o alcoholismo de los propios abuelos, COLÁS (2005, 149) cita la SAP Barcelona, Sección 18.ª, de 18 de septiembre de 2001 en la que se describe un entorno de la familia paterna —con el que los niños habrían convivido al menos tres años— en el que estaban presentes malos tratos del abuelo a la abuela, problemas de drogodependencia en la familia (el propio padre de los menores padecía esta problemática, así como un hermano que se hallaba en paradero desconocido), y un historial clínico de depresión de larga evolución de la abuela. Como que la madre había reconocido que la relación fue absolutamente normal mientras tuvieron contacto con la familia paterna y no constaban en el procedimiento ni escenas de violencia entre los abuelos, ni un empeoramiento del alcoholismo del abuelo ni de la depresión de la abuela, el recurso de la madre fue desestimado.

¹⁸ SAP Asturias, Sección 7.ª, núm. 392/2012 de 24 de julio.

¹⁹ STC 138/2014, 8 de septiembre de 2014: el padre apeló la orden judicial que otorgaba un régimen de visitas muy amplio a los abuelos maternos tras la muerte de la madre. El TC estimó el recurso y devolvió la causa a la instancia por violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en relación con la motivación de la sentencia en lo relativo al alcance de los derechos de los abuelos. Como apunta COLÁS ESCANDÓN (2015, 165) el recurso fue estimado porque no se evaluó la situación a la luz del interés del menor; lo que requiere una individualización del caso y elementos concretos que permitan relacionar una solución determinada con ese interés.

²⁰ En el caso de la STS 47/2015, 13 de febrero de 2015 la madre fue condenada por el asesinato premeditado de su ex pareja y padre de su hijo. El niño permaneció después del crimen bajo la custodia de una tía paterna. A los abuelos maternos se les concedieron visitas con su nieto, pero la animosidad subyacente entre las familias provocó que fracasaran. Los abuelos maternos respondieron solicitando la modificación de la medida y en apelación la Audiencia Provincial les otorgó la custodia como reacción al fracaso de las medidas acordadas con anterioridad. El Tribunal Supremo estimó el recurso de los

abuelos paternos calificando la sentencia de apelación como «desproporcionada y carente de justificación».

²¹ Solo en ocasiones excepcionales los tribunales conceden un valor determinante a las reticencias de los progenitores acerca de la capacidad de los abuelos de cumplir con el modelo típico y estereotipado que suele invocarse en muchas sentencias. La SAP Cádiz, Sección 5.ª, núm. 503/2013, de 14 de octubre, resolvió un caso en el que la madre y sus hermanos habían sufrido malos tratos graves y abandono durante su infancia. Cuando alcanzó la mayoría de edad, la demandada decidió romper relaciones. Frente al criterio de la instancia, que había acordado visitas supervisadas, la audiencia gaditana confirmó la decisión que la demandada había tomado junto con su esposo de evitar exponer a sus propios hijos al carácter violento de la abuela, con quien jamás habían tenido relación alguna. Véase un caso similar en SAP Barcelona, Sección 18.ª, núm. 39/2005, de 2 de febrero. Más recientemente, la SAP La Rioja, Sección 1.ª, núm. 70/2018, 23 de febrero argumentó que podría producirse un daño emocional grave para el hijo de los demandados en caso de que se otorgaran las visitas solicitadas por los abuelos paternos. La prueba sobre cómo se comportaron los demandantes como progenitores fue crucial.

²² Otro caso muy semejante, con parecido resultado, se ha resuelto por la SAP Barcelona, Sección 18.ª, núm. 574/2019, de 18 de septiembre.

²³ STSJC 63/2019, de 23 de octubre de 2019.

²⁴ La deferencia por el dato biológico y su trascendencia sociocultural se pone de relieve en el hecho de que todas las instancias recomiendan a las partes a que se sometan a una mediación familiar «que favorezca, en el futuro, la relación entre la abuela biológica y sus nietas, así como que reflexionen sobre su actitud y a que acudan a terapia o a sesiones de mediación para lograr que se desarrolle en las niñas el ambiente más adecuado, cuando sea procedente, para que las menores puedan conocer a su abuela paterna biológica». Sobre la viabilidad de compeler a las partes a tomar parte en medidas para superar el conflicto, se ha puesto de relieve la necesidad de distinguir entre la intervención de profesionales auxiliares de la función judicial en trámite de ejecución de la sentencia (obligada) y el seguimiento de terapia psicológica (voluntaria). Véase STSJC 1/2017, 12 de enero de 2017.

²⁵ ATS de 29 de mayo de 2019 (considera irrelevante el riesgo inherente a la comunicación personal acordada mediante visitas supervisadas en un punto de encuentro muy pocas horas al mes).

²⁶ STS 90/2015, 20 de febrero de 2015. El Tribunal Supremo puso de relieve, primero, que la justa causa no viene definida en la ley y que debe concretarse caso por caso «sirviendo de guía para tal valoración el interés superior del menor». Tras esta afirmación genérica, no obstante, la verdadera *ratio decidendi* se encuentra en que se ha probado un riesgo actual, «que no es simplemente una falta de entendimiento de los abuelos con la progenitora», y que se habría acreditado suficientemente en los razonamientos de la sentencia recurrida que el Supremo confirma. La Audiencia Provincial consideró probado, en efecto, que los propios abuelos demandantes se encontraban inmersos en un conflicto de lealtades del que se derivaba una alta probabilidad de manipulación de sus nietos «haciendo que los niños revivan una situación dolorosa, que ha alterado su estado emocional y requerido el seguimiento de una terapia para superar la situación». Véase asimismo STS 532/2018, 27 de septiembre de 2018.

²⁷ (2006, 1239 nota 47). Véase también DÍAZ ALABART (2003, 367).

²⁸ DÍAZ ALABART (2003, 369); SALANOVA VILLANUEVA (1996, 960 y sigs.).

²⁹ Véase en cambio, COLÁS ESCANDÓN (2011, 121), quien muestra sorpresa ante la SAP León, Sección 2.ª, núm. 262/2010 de 12 julio. La autora tilda de «llamativo» el pronunciamiento que señala que desde la óptica del interés superior del menor la actora no solo tendría que acreditar que era la abuela sino también «que dicha relación es realmente beneficiosa para la menor». En el caso, el tribunal estima que para poderlo saber también debía «concretar si es factible en función de las circunstancias del lugar de su residencia, posibilidad de desplazamiento, deberes escolares, situación personal de la menor, lo cual es fundamental a los fines no solo de establecer el régimen de visitas, sino también de delimitar el mismo». La demandante había omitido cualquier dato acerca de las circunstancias de la nieta y requería que se dictara una sentencia declarando el derecho y dejando para ejecución la determinación concreta de cómo se ejercitaría.

³⁰ STS 581/2019, 5 de noviembre de 2019.

³¹ STS 638/2019, 25 de noviembre de 2019.

³² La STS 90/2015, 20 de febrero de 2015, confirmó los razonamientos de la instancia, en el sentido de que, ante el riesgo de manipulación de los nietos por los abuelos, no cabía siquiera acordar unas visitas supervisadas en punto de encuentro familiar; al desaconsejarse absolutamente que los menores mantuviesen relación alguna con el contexto paterno. Según la Audiencia Provincial «la laboriosa solución de la sentencia apelada para evitar el riesgo en nada beneficia a los menores y además genera una situación anómala que puede causar nuevas tensiones en lugar de favorecer el afecto y el vínculo emocional entre abuelos y nietos».

³³ STS 251/2018, 25 de abril de 2018.

³⁴ Sobre la distinción norteamericana entre las leyes basadas en «circunstancias especiales» que justifican la legitimidad de la interferencia no deseada de los abuelos, y las leyes genéricas («*open-ended statutes*»), y su relevancia en el análisis de proporcionalidad que se llevó a cabo por el Tribunal Supremo estadounidense en *Troxel v Granville* (530 U.S. 57) véase EGEA FERNÁNDEZ (2006, 1229-1233).

³⁵ Artículo 160 III del Código civil. En este tipo de situaciones, los tribunales solo conceden las visitas de los abuelos bajo garantías estrictas destinadas a evitar que se facilite el contacto con un progenitor que lo tiene prohibido. Excepcionalmente, la SAP León, Sección 2.ª, núm. 117/2019 de 29 de marzo, desestimó la demanda de los abuelos paternos aduciendo que las visitas podrían incrementar el riesgo de daño psicológico, siendo así que los niños estaban siendo tratados para poder retomar el contacto con su propio padre tras episodios de violencia y malos tratos durante la convivencia familiar.

³⁶ Conforme al artículo 236-5.1 CCCat, «*hi ha causa justa si els fills pateixen abusos sexuals o maltractament físic o psíquic, o són víctimes directes o indirectes de violència familiar o masclista*».

³⁷ CARBALLO FIDALGO (2006, 52) llamó la atención que el artículo 160 III del Código civil no permitía la supresión de las relaciones en caso de que facilitase la infracción de las medidas, sino solo su modalización.

³⁸ NAVARRO CASTRO (2003, 462).

³⁹ STS 666/2018, 21 de noviembre de 2018. En el mismo sentido, véase Auto de 24 de abril de 2019.

⁴⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2012, 52).

⁴¹ ANDERSON (2014, 811).

⁴² COLÁS ESCANDÓN (2015, 169): «los abuelos podrán suplir, no el papel jurídico de «madre», pero sí hacer que pervivan en el nieto todos los recuerdos y vivencias de su hija fallecida, por lo que la extensión que tenga el régimen de relaciones personales en este supuesto, debe de ser, en principio, mayor que en otros». Véase también MOLINER NAVARRO, 2011, 1677.

⁴³ GUILARTE MARTÍN-CALERO (2012, 59).

⁴⁴ ANDERSON, 2014, 811 considera necesario matizar que «no siempre los vínculos de sangre generan las relaciones más próximas».

⁴⁵ Cabe recordar que al examinar el interés superior del menor y la obligación del Estado de preservar el entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones de los menores (art. 9, 18 y 20 de la Convención), el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Niños —en la Observación general, núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14)— ha situado la cuestión en los titulares de la potestad así como en «cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los progenitores adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha» (núm. 60), y también que, en caso de que un niño tenga que ser separado de su familia, «las decisiones que se adopten acerca de la periodicidad y la duración de las visitas y otras formas de contacto deben tenerse en cuenta la calidad de las relaciones y la necesidad de conservarlas» (núm. 65). Las obligaciones internacionales, por lo tanto, ponen el acento en proteger relaciones interpersonales realmente existentes entre los miembros de una misma familia extensa.

⁴⁶ CELDRÁN/VILLAR/BENITO (2018, 69) concluyen su análisis en profundidad de una muestra de informes psicosociales recordando que se necesitan más datos para determinar

si el tipo de recomendaciones «abiertas y centradas en los intereses de los abuelos» que se formulan a los tribunales tienen efectos beneficiosos reales para las familias en conflicto y, en particular, para los nietos.

⁴⁷ Véase SAP Las Palmas, Sección 3.^a, núm. 323/2018, de 24 de mayo («el hecho de que ahora la negativa de la menor sea más rotunda se debe al tiempo transcurrido por los sucesivos retardos del procedimiento, que lleva ya más de cuatro años de tramitación»). Muy crítica con la falta de medios de protección del derecho de relación, sobre todo de una tutela cautelar y de ejecución provisional de las sentencias de primera instancia, DÍAZ ALABART (2003, 366). BERROCAL LANZAROT (2020, 1800) se hace eco de la sentencia de la Audiencia Nacional condenando al Ministerio de Justicia por la inacción de un juzgado al no haber hecho ejecutar contra la madre las medidas acordadas a favor de sus suegros en relación con su derecho a comunicarse y relacionarse con sus nietas. En este caso cabe subrayar que la madre no solo impidió la relación con los abuelos paternos, sino que trató (y consiguió) por todos los medios de alejar a las niñas de su padre durante más de 8 años.

⁴⁸ PÉREZ MARTÍN (2018, 25-34).

⁴⁹ COLÁS ESCANDÓN (2005, 78).

⁵⁰ Posibilidad apuntada ya por DÍAZ ALABART (2003, 386), que incluso invita a la aplicación de cambios en el régimen de guarda de los menores. Para una aplicación de las multas coercitivas si no se acude a las citas en el punto de encuentro familiar véase Auto AP Barcelona (Sección 18.^a) núm. 549/2018 de 5 de octubre, que también impuso a las partes el seguimiento de la ejecución de la sentencia mediante la colaboración de un coordinador de parentalidad.

⁵¹ Favorable a estas indemnizaciones COLÁS ESCANDÓN, 2011, 111-142.

⁵² Apunta esta posibilidad, con la que no obstante se pronuncia en contra, COLÁS ESCANDÓN, 2005, 136-137.

⁵³ Apunta las dificultades inherentes a la judicialización del conflicto familiar, que todavía añade más leña al fuego, y la posible utilidad de la mediación MOLINER NAVARRO (2011, 1681). La regulación autonómica de la mediación suele hacer referencia a este tipo de conflictos como objeto de la misma: por ejemplo, artículo 2.1 f) Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado o artículo 1.2 e) Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁵⁴ Lo cual no significa que sea adecuado imponer a las partes el seguimiento de alguna terapia con el fin de conseguir desbloquear la situación y poder hacer viable algún tipo de comunicación o relación con los nietos. Véase en este sentido, STSJ 62/2016, 28 de julio de 2016. Habida cuenta de las diferencias entre el supuesto de conflicto entre los titulares de la patria potestad y el caso en el que están enfrentados estos y los abuelos, podría resultar dudoso que la autoridad judicial pudiese someter a los progenitores a la intervención de un coordinador de parentalidad. No obstante, ya se han dado casos así (Auto AP Barcelona (Sección 18.^a) núm. 549/2018 de 5 de octubre).

1.3. Derechos Reales

El principio de transparencia y el consumidor en el préstamo garantizado con hipoteca

The principle of transparency and the consumer in mortgage loan

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza cómo afecta el control de transparencia en el préstamo hipotecario. El préstamo garantizado con hipoteca concedido por una entidad bancaria se encuadra dentro de los contratos en masa o de adhesión que cuentan con condiciones generales de la contratación predispuestas por una de las partes. Se trata de una forma de contratar distinta, con sus propias reglas y principios entre los que se encuentra el deber o principio de transparencia. El control de transparencia en los préstamos hipotecarios alcanza tanto a los deudores consumidores como a aquellos que no lo son, pero en distinta medida. Examinamos en este artículo qué debe entenderse por consumidor en este contrato de préstamo y, en consecuencia, según tenga o no tal consideración, a qué aspectos alcanza el deber o control de transparencia.

ABSTRAC: *This paper analyzes how the control of transparency affects the mortgage loan. The loan guaranteed with a mortgage granted by a bank is part of the mass or adhesion contracts that have general contracting conditions set by one of the parties. It is a different way of contracting, with its own rules and principles, including the duty or principle of transparency. Control of transparency in mortgage loans reaches both consumer and non-consumer debtors, but to a different extent. We examine in this paper what should be understood by consumer in this loan contract and, consequently, depending on whether or not it has such consideration, to what aspects does the duty or transparency control reach.*

PALABRAS CLAVE: Consumidor. Préstamo hipotecario. Control de transparencia. Cláusula abusiva.

KEY WORDS: *Consumer. Mortgage loan. Transparency control. Abusive clause.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR: 1. CONCEPTO LEGAL DE CONSUMIDOR. 2. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA. 3. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—III. CONTROL DE TRANSPARENCIA

FORMAL EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación en masa o de adhesión es una realidad indubitada en nuestros días, de tal forma que incluso ha venido a eclipsar en muchos aspectos a la contratación tradicional por negociación, situándose en el punto de mira del análisis jurídico y la aplicación práctica del derecho.

Los caracteres de la contratación en masa difieren de los de la contratación tradicional en muchos aspectos, lo que le hace separarse de aquella cada vez más, llegando a alterar las reglas de la contratación. Como afirma BALLUGERA¹, las diferencias entre ambas formas de contratar «se refieren a la documentación de los tratos preliminares, la existencia de obligaciones legales de información previa al contrato, la semiimperatividad de las normas de protección, el recurso a la nulidad parcial, la concurrencia y compatibilidad del ordenamiento privado, civil y mercantil, con el administrativo, la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, la matización de la congruencia en el proceso sobre condiciones generales, la extensión “ultra partes” de las sentencias de nulidad de cláusulas abusivas, su aplicación “secundum eventum litis”, etc.». El propio Tribunal Supremo ha puesto de relieve que la contratación en masa, mediante condiciones generales es «un auténtico “modo de contratar” diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico» (STS de 18 de junio de 2012 y 7 de abril de 2014).

Y es que los contratos de adhesión, predispuestos por la parte más fuerte en el contrato, introducen condiciones generales de la contratación que la parte más débil, el consumidor, debe limitarse a aceptar o a no contratar. La asimetría contractual de las partes es uno de sus rasgos definitorios, y la protección a la parte más débil, formada por todas aquellas personas que contratan y aceptan lo establecido por la parte más fuerte, se convierte en la clave de este nuevo modo de contratar. El consumidor, su especial protección, la necesidad de que contrate de forma voluntaria, conociendo lo que acepta, y el control del predisponente se convierten en los caballos de batalla en la contratación en masa.

Para dar cobertura a esas nuevas preocupaciones y controles, el derecho ha tenido que evolucionar —una vez más— introduciendo y definiendo nuevos principios y reglas que traten de proteger al consumidor, adaptándose a los requerimientos de la contratación en masa. Precisamente, uno de ellos es el principio de transparencia que pasa a ser elemento esencial en la contratación de consumo, clave en cualquier lectura que queramos dar de la contratación con condiciones generales: «la valoración de la transparencia en el contrato es un elemento radicalmente nuevo, un elemento que pertenece a la contratación con condiciones generales»², aunque, como continua BALLUGERA, perfectamente definido y establecido en el estudio de los contratos de consumo.

Pues bien, dentro de los contratos de adhesión, con condiciones generales de la contratación, se encuentra el préstamo garantizado con hipoteca. Es una realidad —y ya a nadie puede sorprender— el afirmar que el préstamo hipotecario a un particular, es un contrato de adhesión, en el que el adherente (deudor persona física) tiene pocas posibilidades de negociar el clausulado que contiene, limitándose a aceptar las condiciones previamente establecidas por la entidad financiera. Este préstamo tiene muchas condiciones generales de la contratación

que deberán someterse al control de transparencia como nuevo principio de la contratación al consumo.

Eso sí, siempre y cuando ese deudor hipotecario tenga carácter de consumidor. Será entonces cuando el control de transparencia de las condiciones o cláusulas pre-establecidas por el predisponente devenga necesario y exigible, extendiéndose a más aspectos que si no lo es.

Por lo tanto, tenemos que plantearnos en primer lugar cuándo el deudor hipotecario es consumidor, y qué debemos entender en este contexto por tal, para que pueda exigirse el debido cumplimiento del control de transparencia.

II. CONCEPTO DE CONSUMIDOR

1. CONCEPTO LEGAL DE CONSUMIDOR

El concepto de consumidor se ha ido gestando a lo largo del tiempo como aquella persona que contrata (sea cual sea ese contrato) con una finalidad personal, ajena y bien distinta de su propia actividad profesional o comercial. Es decir, esa persona es un consumidor, cuando en los contratos que lleva a cabo, busca intereses meramente particulares o familiares.

La inicial Ley General en Defensa de Consumidores y Usuarios (LDCU), Ley 26/1984, de 19 de julio, establecía como criterio para determinar si una persona era o no consumidora, el destino final de los bienes o servicios contratados³. Si eran de uso particular o familiar, sería consumidor; mientras que, si el uso o destino final era profesional, la persona no tendría tal consideración.

Posteriormente, y para adaptarse a la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre protección a consumidores, se cambia el criterio del destino final de los bienes por el del ámbito en el que se celebra el contrato, ajeno a la actividad profesional o no.

De este modo, se modifica la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios para adaptarla a la Directiva; el Texto Refundido de la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLDCU) de 2007 definió en el artículo 3, en su primera redacción al consumidor como «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Posteriormente, se modificó este artículo 3, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo y se concretó con más detalle cuándo una persona física o jurídica podía considerarse como consumidor; afirmando que «son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma 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».

Se matizó al respecto de la persona física que lo determinante para ser consumidor era el propósito de la contratación y no el ámbito en el que aquella se realiza, abarcando, ahora también, aquellos supuestos en los que, a pesar de realizarse en un ámbito o contexto profesional, la intención o finalidad del contrato fuera ajena a aquel. De igual forma, se puntualiza la necesidad de que el contrato no tenga ánimo de lucro para que una persona jurídica pueda considerarse como consumidor.

De igual forma, las directivas y reglamentos europeos han definido en numerosas ocasiones qué debe entenderse por consumidor y, eso sí, excluyen de estas definiciones a las personas jurídicas. Baste ver, por ejemplo, las siguientes

definiciones de consumidor: «la persona física que actúe con un fin o propósito “ajeno a su actividad comercial o profesional” (Directiva 98/6 sobre indicación de precios, artículo 2.e; Directiva 2002/65 sobre comercialización a distancia de servicios financieros, artículo 2.d; Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo, artículo 1.2.a) o “a su actividad económica, negocio o profesión” (Directiva 2000/31 sobre comercio electrónico, artículo 2.e) o a “su actividad económica, negocio, oficio o profesión” (Directiva 2005/29 sobre prácticas comerciales desleales, artículo 2.a). de aprovechamiento por turno, que sustituyó a la Directiva 94/47/CE. También el Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil, introdujo un foro de competencia especial en su artículo 15.1 para “contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiese considerarse ajeno a su actividad profesional”. A su vez, el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales contempla también en su artículo 6 los “contratos de consumo”, entendidos como los celebrados “por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (‘el consumidor’) con otra persona (‘el profesional’) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional”.

La última reforma del artículo 3 TRLDCU, operada por el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, introduce un nuevo concepto de consumidor, el consumidor vulnerable, que va a ser aquel que, por su especial situación de vulnerabilidad, indefensión o subordinación, deba ser especialmente protegido⁴, ya que, como afirma la exposición de motivos de este real decreto, existen «determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría». Este nuevo concepto de consumidor vulnerable surge a raíz de la crisis provocada por la pandemia del COVID que, como consecuencia del cierre y paralización de actividades no esenciales derivado del estado de alarma, ha sido devastadora para nuestra economía, y ha podido inducir a realizar determinadas contrataciones que, en una situación de normalidad económica, o personal (sin angustia, sin enfermedad, etc.) el consumidor no hubiera llevado a cabo⁵. La propia exposición de motivos elude identificar la vulnerabilidad con una mala situación económica, sino que viene también determinada por elementos de índole social, y demográficos y califica este nuevo concepto de consumidor como un concepto variable y dinámico que es necesario para determinadas ocasiones concretas y especiales: «en el sentido de que no define a las personas o a los colectivos como vulnerables de una forma estructural ni permanente. De esta forma, una persona puede ser considerada vulnerable en un determinado ámbito de consumo, pero no en otros. Además, esa condición de vulnerabilidad podrá variar a lo largo del tiempo según puedan hacerlo las condiciones que la determinan, tanto las de tipo personal como las sociales o de contexto. En definitiva, las investigaciones especializadas confirman que cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida respecto de alguna relación de consumo específica».

2. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, como no podía ser de otra forma, ha ido variando y adaptando sus resoluciones a los cambios legales que se han producido. De este modo,

tanto en la jurisprudencia española, como sobre todo en la europea, encontramos dos fases diferenciadas en las que se aprecia, en primer lugar, un concepto restrictivo de consumidor, que va ampliándose después a la luz de la Directiva 93/13, y los sucesivos cambios en las leyes españolas.

En la jurisprudencia europea, el TJUE (antes TJCE), pasa de una concepción estrecha del concepto de consumidor, identificándolo más bien con el sujeto que contrata bienes para un uso personal (destino de los bienes), a entender que también es consumidor, y por tanto susceptible de que en ese contrato existan condiciones generales de la contratación que pueden ser abusivas, y que deben someterse al control de incorporación y transparencia, aquel que contrate fuera de su ámbito profesional, sin importar su condición subjetiva, ni tanto el destino de los bienes o servicios contratados.

De este modo, por ejemplo, en las SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto *di Pinto*)⁶, o 17 de marzo de 1998 (asunto *Diestzinger*)⁷, el Tribunal distinguía al consumidor según el destino final de los bienes fuera para un uso personal, para consumo privado, o destinado a actividades profesionales o comerciales. Confirmando esta idea, la STJCE de 3 de julio de 1997, asunto *Benincasa*, se indicó expresamente que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva... pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante»⁸. La Sentencia de 19 enero 1993 es más clara todavía al afirmar que «la legislación sobre consumidores solamente se aplica a los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo».

Más tarde, el propio Tribunal Europeo fue modificando y ampliando su concepción sobre el consumidor, determinando que también lo era todo aquel que contratara fuera de su ámbito profesional o comercial, con independencia de su carácter subjetivo e incluso del destino final de los bienes, para adaptarse a lo dispuesto en la Directiva 93/13 y en los contratos con condiciones generales de la contratación. Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, como recoge la STS de 16 de noviembre de 2016, «objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución el TJUE concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la Directiva 93/13/CEE, de Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado». Lo relevante no es la persona del contratante, sino que la operación realizada, sea dentro de su ámbito no profesional.

La identificación del consumidor con la persona que contrata fuera de su ámbito profesional, olvidándose de su condición subjetiva, y del destino de los bienes o servicios contratados, se confirma o reafirma después, en sucesivos autos del TJUE. En varios de ellos el tribunal europeo considera que es consumidor la persona física que, bien como garante, o bien como sucesor por novación subjetiva en una relación contractual, tiene la consideración de consumidor siempre que su propia relación con el deudor no estuviera vinculada, existieran vínculos funcionales o profesionales, a la primera relación obligacional. Es el caso de un garante, un fiador persona jurídica, sin vinculación profesional con el garantizado, al que se considera consumidor porque está actuando en un ámbito ajeno a su actividad profesional, aunque la obligación afianzada sí tuviera tal

carácter (ATJUE de 19 de noviembre de 2015). O en el caso del ATJUE de 27 de abril de 2017, donde se considera consumidor al nuevo deudor tras la novación subjetiva producida en una relación crediticia entre un banco y una sociedad mercantil, cuando la persona física sucede a la sociedad. Considera el tribunal lo siguiente: «El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

La STJUE de 25 de enero de 2018, además de subrayar el carácter objetivo del consumidor, añade que la interpretación de este concepto debe hacerse de forma restrictiva «en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras (véanse, en este sentido, las Sentencias de 3 de julio de 1997 (TJCE 1997, 142), Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 16, y de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24), Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36).

El Tribunal de Justicia ha inferido de lo anterior que solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico establecido por dicho Reglamento para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional (véase, en este sentido, la Sentencia de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24), Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36)». Pero, concluye que en el caso concreto que se examinaba donde parcialmente parecía que era consumidor en una de las relaciones contractuales con Facebook, debe finalmente prevalecer esta característica del contratante ya que «el concepto de “consumidor” se define por oposición al de “operador económico” (véanse, en este sentido, las Sentencias de 3 de julio de 1997 (TJCE 1997, 142), Benincasa, C-269/95, EU:C:1997:337, apartado 16, y de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24), Gruber, C-464/01, EU:C:2005:32, apartado 36) y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente (Sentencia de 3 de septiembre de 2015 (TJCE 2015, 330), Costea, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 21), ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de estos le privan de la condición de “consumidor”, por lo que concluye que el hecho de que una persona utilice Facebook para publicar sus publicaciones, fotos y conferencias, no es suficiente para no considerarla como consumidor».

Este concepto objetivado de consumidor es el que debemos tener en consideración hoy en día, y más acorde con la legislación europea — y por tanto española — de protección de consumidores.

El Tribunal Supremo español sigue estas mismas directrices, y considera, en la actualidad, que el consumidor es aquella persona que contrata fuera de su ámbito profesional; es decir, con independencia de su propio carácter de empresario, profesional o sociedad, si la relación contractual en la que se ve inmerso no está estrechamente ligada o vinculada a una actividad profesional puede alegar el carácter de consumidor, y en consecuencia podría apreciarse la existencia de condiciones generales y tal vez cláusulas abusivas en su contrato, que aceptó sin casi posibilidad de negociación y en clara desventaja con su contraparte.

De este modo, hacemos un breve resumen por las sentencias más importantes al respecto.

La STS de 10 de marzo de 2014 ya recoge este nuevo concepto objetivado de consumidor redefinido por el TJUE en concordancia con la Directiva europea de protección a los consumidores. De este modo, en dicha sentencia, se rechaza la condición de consumidor de un contratante cuando contrata dentro de su ámbito profesional, y puede negociar las condiciones de dicho contrato: «la demandada no ostenta la condición de consumidor pues el destino del servicio contratado queda integrado, plenamente, en el marco de la actividad empresarial o profesional de prestación de servicios que, a su vez, realiza la parte demandada como gestora de una residencia para personas de tercera edad y en situación de discapacidad (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012 [RJ 2012, 8857] y 24 de septiembre de 2013, núm. 545/2013 [RJ 2013, 7431]; arts. 1.2, 1.3 LGCU, 26/1984 y, 2 y 3 LGDCU [RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372] 1/2007)».

Posteriormente, confirman la idea de que el destino de la operación (profesional o no), del negocio, es el criterio relevante para determinar si lo ha celebrado un consumidor, y no la condición subjetiva del mismo, entre otras, la Sentencia de 3 junio 2016, donde se analiza el caso de un fisioterapeuta que solicita un préstamo con derivado financiero complejo, para financiar un negocio de un «huerto solar» que, aunque es una actividad distinta de su propia actividad profesional, sigue siendo un negocio, por tanto, actividad en el ejercicio del comercio o profesión. Además, incide en esta tesis, y asienta el concepto de consumidor, la Sentencia de 16 de noviembre de 2016⁹, en el caso de un contrato de gestión de riesgos financieros por una sociedad mercantil en el marco de su actividad empresarial y para su objeto social, lo que lleva al tribunal a entender que esa sociedad no actuaba como consumidor en el contrato señalado, reiterando la doctrina jurisprudencial europea en el sentido de que «el concepto de consumidor ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria en el mismo sentido y haciendo coincidir el parámetro legal negativo (actuar al margen de actividades empresariales) con una explicación positiva de en qué consiste esa actuación».

Tras la reforma del Texto refundido de la Ley en Defensa de Consumidores y Usuarios, por la Ley 2014, el artículo 3 sigue distinguiendo y admitiendo la posibilidad de que el consumidor sea persona física y jurídica¹⁰, tal y como lo confirma la STS de 16 de enero de 2017, siempre que esta actúe fuera de su ámbito profesional, y se añade el requisito negativo de que además no actúe con ánimo de lucro. Pero, este requisito negativo, solo cabe exigirlo al consumidor persona jurídica, por lo que concluye —esta sentencia— en el caso que resuelve, que una persona física que actúa con ánimo de lucro (se trataba de la adquisición para revender de un derecho de aprovechamiento por turno por un particular), puede tener la consideración de consumidor; eso sí, siempre que no lo haga con regularidad¹¹.

Por otra parte, la STS de 5 de abril de 2017 recoge el supuesto de un préstamo hipotecario garantizado sobre la vivienda familiar de un empresario para

garantizar una obligación contraída en el ámbito profesional y personal (la construcción de la vivienda en parte para alquiler, pero a la vez para garantizar la propia adquisición de la vivienda). Nos encontramos ante un caso de posible doble finalidad, donde se contratan bienes o servicios con fines mixtos, es decir, que pueden satisfacer necesidades personales y familiares. Esta sentencia analiza la consideración de consumidor de la persona que ha contratado con doble finalidad, repasando la normativa aplicable a este supuesto (no existe, pues la ley, ni el TRLDCU, ni la anterior LGCDU, ni la Directiva 13/93/CEE lo contempla), y fijándose sobre todo en la jurisprudencia europea¹² que es la que ha resuelto este asunto, concluye que, en estos casos, cuando la finalidad de la contratación sea mixta o doble, o no pueda comprobarse que se lleva a cabo únicamente en el ámbito profesional o comercial, debe considerarse al contratante como consumidor. Afirma lo siguiente: «En fin, para determinar si una persona puede ser considerada consumidor a los efectos de la Directiva 93/13/CEE y del TRLGCU, en aquellas circunstancias en las que existan indicios de que un contrato persigue una doble finalidad, de tal forma que no resulte claramente que dicho contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba».

En conclusión, el consumidor es aquella persona física o jurídica que actúa, contrata, fuera de su ámbito profesional o comercial, aunque se trate de un negocio con propósito de comercio, siempre que sea distinto de aquel al que se dedica; el ánimo de lucro tampoco excluye el carácter de consumidor persona física, y la finalidad mixta o cuando esta no quede del todo clara —pero no pueda probarse que es exclusivamente profesional—, no impiden poder considerar al contratante como consumidor. En definitiva, aunque la jurisprudencia insiste en la interpretación restrictiva de tal carácter, se ha ido ampliando paulatinamente el concepto de consumidor a nuevas situaciones que antes quedaban excluidas de la protección de la parte más débil en un contrato. La legislación de protección a los consumidores extiende su manto a un sinnúmero de contrataciones, lo que conlleva que la posibilidad de control de transparencia de las condiciones generales de dichos contratos y, por tanto, de posible abusividad de aquellas, tiene cada vez un mayor espectro objetivo.

3. CONCEPTO DE CONSUMIDOR EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Remitiéndonos a todo lo que acabamos de decir, será consumidor en un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, aquella persona física o jurídica que contrate el mismo fuera de su ámbito profesional.

No cabe duda de que cualquier deudor, persona física, que obtenga ese préstamo para la adquisición de su vivienda es un consumidor, por poner el prototípico ejemplo; pero también lo será aquel profesional —o empresario, o incluso

sociedad— que contrata o concierta un préstamo hipotecario para financiar su vivienda (excluyendo aquí a la sociedad mercantil que por su naturaleza no puede tenerla), pero también para financiar un negocio diferente de aquel que sea objeto de su propia actividad profesional.

Sin embargo, no será consumidor aquella persona que contrata un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de un local comercial para ejercer su actividad de farmacia (STS de 3 de junio de 2016); ni aquella persona que pide un préstamo garantizado con hipoteca para financiar un negocio futuro (STS de 11 de abril de 2019) ni, en definitiva, todo aquel que contrate dicho préstamo dentro de una actividad profesional o comercial.

Cuando ese deudor hipotecario no sea consumidor, su contrato de préstamo, las condiciones generales que existan en el mismo, no podrán ser sometidas al control de abusividad derivado del control y exigencia de transparencia, por faltar en él la condición necesaria de ser consumidor; pero nada obsta a que sí pueda realizarse sobre dichas cláusulas un control de incorporación para comprobar su claridad y comprensibilidad, conforme al artículo 5 LCGC¹³.

Luego, cuando el deudor hipotecario sea un consumidor, las condiciones o cláusulas de su contrato se verán sometidas al doble control de incorporación y abusividad; pero, aunque no lo sea, también pueden verse sometidas al control de incorporación, para comprobar la claridad y comprensibilidad que exige la ley a todas las condiciones generales, tal y como sostienen entre otras, las SSTS de 11 de marzo de 2020 y 3 de junio de 2016. Esta última en el caso de un préstamo hipotecario concedido a un no consumidor (era un préstamo concedido para financiar la adquisición de un local comercial para una farmacia), niega la condición de consumidor al deudor hipotecario, pero considera que esto no impide que en tal contrato existan condiciones generales de la contratación que deban someterse al control de incorporación, para comprobar la claridad y transparencia de aquellas.

Por tanto, cabe el control de transparencia (incorporación) en los contratos realizados con profesionales, si tienen condiciones generales de la contratación, aunque no sean consumidores.

III. CONTROL DE TRANSPARENCIA FORMAL EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Tal y como acabamos de afirmar, cabe un control de incorporación tanto en préstamos hipotecarios contratados con consumidores como con profesionales. Habrá que distinguir, entonces, este control de incorporación del de abusividad que solo corresponderá hacerlo cuando exista un contrato con condiciones generales con un consumidor. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 lo expresa así: «Pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960). Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el artículo 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una

representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados»¹⁴.

Se confirma el doble perfil del control de transparencia, cuando del deudor hipotecario sea un consumidor; «en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, hay otro que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato» (STS de 3 de junio de 2016).

Pero, además, habrá que comprobar que ese consumidor ha entendido, ha comprendido las cláusulas o condiciones de su préstamo. A este respecto, debemos señalar que una cosa es el conocimiento de tales condiciones, previa información necesaria por la entidad financiera y la clara redacción de aquellas, y otra bien distinta la comprensión de estas por el consumidor.

La posibilidad de conocimiento se mide por el control de incorporación, y ha de fijarse en la claridad de redacción, en el hecho de que consten todos los datos del préstamo, y de que su lectura se obtenga toda aquella información que debo tener para poder entender el préstamo que estoy contratando. Si esto es así, esas condiciones superan el control de incorporación al que se refiere directamente el artículo 7 LCGC¹⁵, remitiéndose a su vez al artículo 5 LCGC, que es lo que podríamos denominar, realmente el control de cognoscibilidad, de posibilidad de conocimiento. Así lo confirman sentencias como las SSTs de 11 de marzo y 12 de junio de 2020, sosteniendo la primera de ellas que «para que una condición general de la contratación supere el control de incorporación debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato. Es decir, junto al parámetro de la claridad y comprensibilidad, debe concurrir el requisito de la posibilidad de conocimiento, puesto que el control de inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que no es solo una construcción jurisprudencial, sino una exigencia expresa de los artículos 5 y 7 LCGC (RCL 1998, 960)». Por lo tanto, un préstamo hipotecario con un no consumidor, que como hemos dicho, se ve también sometido al control de incorporación como manifestación del principio de transparencia, debe también revisar la cognoscibilidad, la posibilidad de conocimiento efectiva del deudor hipotecario de todas las condiciones del préstamo, no quedándose solo en un mero examen gramatical de la redacción de aquellas. Esto implica, desde mi punto de vista, que el acreedor hipotecario, normalmente una entidad financiera, haya cumplido con su deber de información, y haya puesto a disposición del deudor hipotecario todos aquellos documentos, informaciones y explicaciones necesarias para que este pueda conocer y entender lo que supone la contratación de su préstamo hipotecario, sus implicaciones financieras, riesgos y contenido principal. Todo ello conforme a la necesidad de cumplir todos los deberes de información precontractual que, por otra parte, se explicitan perfectamente en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contrato de Crédito Inmobiliario (LCCI), en sus artículos 5 a 10, consecuencia de la tardía transposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Además, es necesaria la comprensión efectiva de las cláusulas, lo que implica un entendimiento por parte del consumidor; ya que, superada la claridad y completa información de las condiciones generales, debe producirse la comprensión de sus términos por un «consumidor medio». En efecto, la STJUE de 9 de julio

de 2020, tras explicar que para el debido cumplimiento de la transparencia, el profesional debe poner a disposición del consumidor toda la información necesaria, específica que esta debe ser comprensible para «un consumidor medio normalmente informado y razonablemente perspicaz, siempre que el profesional —en este caso, la entidad bancaria, que reúne los conocimientos técnicos y la información necesarios a este respecto— haya puesto a su disposición todos los datos necesarios»¹⁶. En el mismo sentido, aludiendo al consumidor medio como a quien debe dirigir la información suficiente el profesional, nos encontramos con las SSTs de 15 de diciembre de 2020; 28 de diciembre de 2020; 17 y 23 de febrero de 2021; STJUE de 5 de julio de 2019, 20 de diciembre de 2020. Siempre que un consumidor normal, medio, capaz de entender y de contratar pueda comprender las condiciones del préstamo pactado, y siempre que estas estén redactadas con claridad y se haya dado la necesaria información sobre ellas, se da debido cumplimiento al principio de transparencia.

De este modo, si ese contrato —con consumidor o no— es comprensible por un consumidor medio, ese contrato supera el control de transparencia. En este caso cuando un consumidor medio, perspicaz, y atento, puede conocer y entender las condiciones del contrato, ese contrato ha superado el control de transparencia objetivo. La comprensión por parte de un consumidor medio se convierte en el elemento final del control o principio de transparencia objetivo que es el que podemos exigir a todo contrato con condiciones generales de la contratación, sea o no consumidor, el contratante que acepta dichas cláusulas generales.

Pero, esto no puede confundirse con que, en ese caso concreto, ese contrato, no haya sido entendido por él, por ese concreto consumidor. Esto último generaría una anulabilidad del contrato por vicio del consentimiento (error), pero no significa que no supere el control de transparencia formal, o incorporación. No puede extenderse o considerarse que el error que pueda sufrir un deudor hipotecario sea objeto del control de transparencia; son cosas distintas, con consecuencias diferentes y, desde luego, no puede proceder falta de transparencia por error en el consentimiento concreto en un contrato en el que ha habido negociación y, por lo tanto, inexistencia de condiciones generales de la contratación. Tal es el caso que recoge la STS de 11 de diciembre de 2020 que analiza un préstamo hipotecario con cláusula multdivisa, en el que se solicita la nulidad parcial por vicio del consentimiento en el contrato (en la cláusula multdivisa), pues el deudor hipotecario consumidor no comprendió las implicaciones de la contratación en moneda extranjera y sus consecuencias. Ello impidió que, en este caso y según alegan, el consumidor se formara un juicio adecuado sobre aquellas, existiendo error en el consentimiento en el momento de la contratación, lo que conduce a la nulidad parcial del préstamo por vicio de consentimiento. A mi juicio, esta sentencia, de forma adecuada, separa el error de consentimiento de la falta de información suficiente al consumidor propia de la ausencia de transparencia en contratos de adhesión, rechazando la pretensión de nulidad parcial por error vicio, sin que pueda pasarse de esta a aquella¹⁷; la transparencia formal u objetiva no alcanza a los vicios del consentimiento.

De lo que se acaba de exponer, si realmente hubo falta de información suficiente para cualquier consumidor medio, ese contrato no superaría el control de transparencia, pero no sería anulable por vicio del consentimiento. Solo en el caso de que, habiéndose informado suficientemente y cumpliendo los requisitos de transparencia objetiva o formal, a pesar de ello, en el caso concreto el consumidor no hubiese comprendido, podríamos hablar de un vicio de consentimiento. Las consecuencias son muy diferentes (anulabilidad contrato entero

versus eliminación de la cláusula no clara), y creo que no puede confundirse la transparencia objetiva (cognoscibilidad) con la comprensión subjetiva del deudor.

IV. CONCLUSIONES

I. El préstamo hipotecario es un contrato de adhesión con condiciones generales de la contratación que, por lo tanto, se somete a las reglas y principios propios de este especial modo de contratar.

II. De esta manera, el préstamo hipotecario se ve sometido al control de transparencia, o deber o principio de transparencia que es fundamental en la contratación en masa en la que se inserta.

III. El control de transparencia formal, o control de incorporación o inclusión alcanza tanto a los préstamos con deudores hipotecarios consumidores como a aquellos concertados con los que sean profesionales, mientras que el control de abusividad solo se exige en aquellos concertados con consumidores. Es necesario, por tanto, distinguir al deudor hipotecario consumidor del que no lo es.

IV. El control de incorporación o inclusión exige la redacción clara y comprensible de las cláusulas del contrato, así como la información por parte del acreedor hipotecario de todas las condiciones, riesgos y consecuencias de las cláusulas del contrato. Luego, el control de transparencia formal u objetivo en que se concreta el control de incorporación debe alcanzar a la comprobación de que se facilitó dicha información. El control de transparencia es control de cognoscibilidad.

V. Además, este control de transparencia formal incluye el comprobar que esa información y las condiciones del préstamo hipotecario son comprensibles por un consumidor hipotecario medio y perspicaz. Cualquier consumidor medio tiene que ser capaz de entender la información y consecuencias de ese préstamo.

VI. Sin embargo, distinto de ello, es la comprensión efectiva y real de cada deudor hipotecario particular, que puede no comprender el sentido del contrato, a pesar de que la información facilitada ha sido clara y suficiente. En este caso nos encontramos ante un tema de falta de comprensión que puede determinar la anulabilidad del contrato por error en el consentimiento.

VII. En definitiva, en todo contrato de préstamo hipotecario, sea con consumidor o no, debe realizarse un control de incorporación que alcanzará a la claridad de la redacción de las cláusulas, la posibilidad de su conocimiento efectivo que implica tanto la información pertinente facilitada por el acreedor; como la comprensión media teórica de un deudor hipotecario «medio y perspicaz». Si esto se cumple, se ha superado el control de transparencia.

V. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 18 de junio de 2012
- Sentencia de 24 de septiembre de 2013
- Sentencia de 10 de marzo de 2014
- Sentencia de 7 de abril de 2014
- Sentencia de 28 de mayo de 2014
- Sentencia de 30 de abril de 2015

- Sentencia de 15 de diciembre de 2015
- Sentencia de 3 de junio de 2016
- Sentencia de 1 de julio de 2016
- Sentencia de 16 de noviembre de 2016
- Sentencia de 16 de enero de 2017
- Sentencia de 2 de febrero de 2017
- Sentencia de 5 de abril de 2017
- Sentencia de 9 de enero de 2019
- Sentencia de 11 de abril de 2019
- Sentencia de 11 de marzo de 2020
- Sentencia de 12 de junio de 2020
- Sentencia de 24 de septiembre de 2020
- Sentencia de 11 de diciembre de 2020
- Sentencia de 15 de diciembre de 2020
- Sentencia de 28 de diciembre de 2020
- Sentencia de 17 de febrero de 2021
- Sentencia de 23 de febrero de 2021

TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA (TJUE / TJCEE)

- Auto de 19 de noviembre de 2015
- Auto de 27 de abril de 2017
- Sentencia de 21 de junio de 1978
- Sentencia de 14 de marzo de 1991
- Sentencia de 19 de enero de 1993
- Sentencia de 3 de julio de 1997
- Sentencia de 27 de abril de 1999
- Sentencia de 11 de julio de 2002
- Sentencia de 20 de enero de 2005
- Sentencia de 3 de septiembre de 2015
- Sentencia de 25 de enero de 2018
- Sentencia de 5 de julio de 2019
- Sentencia de 3 de marzo de 2020
- Sentencia de 9 de julio de 2020
- Sentencia de 20 de diciembre de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLUGERA GÓMEZ, C. (2019). Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, *La Ley*, núm. 4456, (1-14).

NOTAS

¹ BALLUGERA GÓMEZ, C. (2019). Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, *La Ley*, núm. 4456, 2.

² BALLUGERA GÓMEZ, C. (2019). Control de transparencia registral de la hipoteca, Registro de Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad, *ob. cit.*, 1.

³ Artículo 1.2 LDCU 1984: «A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden».

⁴ Artículo 3.3. TRLDCU: «Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad».

⁵ Exposición de motivos RD-Ley 1/2021, de 19 de enero: «Más allá de la tradicional alusión a la situación económica de las personas consumidoras a la hora de determinar su situación de vulnerabilidad, se constatan diversas situaciones en las que, agravadas por la actual situación de crisis sanitaria, las circunstancias sociales o personales hacen que se encuentren en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección en sus relaciones de consumo, tal como ha recordado recientemente la Comisión Europea con la publicación de la Comunicación, de 13 de noviembre de 2020, sobre la Nueva Agenda del Consumidor: “Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible”. Por consiguiente, es necesario que la normativa estatal recoja de forma urgente la previsión de las circunstancias que generan que los derechos de estas personas consumidoras necesiten una protección reforzada».

⁶ En esta sentencia se examinaba el caso de un empresario que contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, y concluyó el tribunal que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son las familiares o personales del comerciante.

⁷ Se analizó el caso de un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena. Señalo el tribunal que la Directiva «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado».

⁸ Doctrina reiterada en la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto Gruber.

⁹ Continúa esta sentencia: así, la STJCE de 14 de marzo de 1991 (TJCE 1991, 155) (asunto *di Pinto*), recaída en un asunto en que un empresario contrató en su domicilio unos servicios de publicidad, concluyó que dicho contrato constituía un acto de gestión realizado para satisfacer necesidades que no son las familiares o personales del comerciante (§ 16), por lo que no merece la calificación de consumidor. Igualmente, la STJCE de 17 de marzo de 1998 (TJCE 1998, 52) (asunto *Dietzinger*, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), señaló que la Directiva «no limita su ámbito de aplicación en función de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, siempre que tales bienes o servicios estén destinados al consumo privado». Aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar las normas sobre competencia judicial internacional, por ejemplo en las SSTJCE de 21 de junio de 1978, 19 de enero de 1993 (TJCE 1993, 7), 3 de julio de 1997 (TJCE 1997, 142), 27 de abril de 1999, 11 de julio de 2002, 20 de enero de 2005 (TJCE 2005, 24) —asunto *Gruber*—, 20 de enero de 2005 —asunto *Engler*—, 21 de junio de 1978, asunto *Bertrand*, § 21; STJCE de 19 de enero de 1993 (TJCE 1993, 7), asunto *Shearson*

Lehman Hutton Inc., § 13, en las que ha enfatizado que solamente es consumidor quien no participe en actividades comerciales o profesionales y que la legislación sobre consumidores solamente se aplica a los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo.

Y según el TJCE, el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE de 3 de julio de 1997 [TJCE 1997, 142], asunto *Benincasa*, §§ 16-17), «pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquella se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante» (STJCE de 20 de enero de 2005 [TJCE 2005, 24], asunto *Gruber*, § 40).

¹⁰ Téngase en cuenta que las diferentes Directivas europeas excluyen tradicionalmente a la persona jurídica del concepto de consumidor.

¹¹ Véase, la STS de 16 de enero de 2017 que afirma lo siguiente: «En efecto, a diferencia de lo que ocurre con las directivas comunitarias que solo se refieren a personas físicas, tras dicha reforma se sigue distinguiendo entre consumidor persona física y consumidor persona jurídica, pero se añade que el ánimo de lucro es una circunstancia excluyente solo en el segundo de los casos. Es decir, se introduce un requisito negativo únicamente respecto de las personas jurídicas, de donde cabe deducir que la persona física que actúa al margen de una actividad empresarial es consumidora, aunque tenga ánimo de lucro.

No obstante, sin apartarse de dicha regulación, cabría considerar que el ánimo de lucro del consumidor persona física debe referirse a la operación concreta en que tenga lugar, puesto que si el consumidor puede actuar con afán de enriquecerse, el límite estará en aquellos supuestos en que realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, etc.), ya que de realizar varias de esas operaciones asiduamente en un periodo corto de tiempo, podría considerarse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario, conforme establece el artículo 1.1.º CCom».

¹² En este sentido, recoge la doctrina de la STJCE de 20 de enero de 2005, en la que se consideró que «el contratante es consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado; es decir, no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo («insignificante en el contexto global de la operación de que se trate», en palabras textuales de la sentencia)».

Doctrina repetida, a su vez, en la STJUE de 3 de septiembre de 2015, que establecía: «El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la citada disposición cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado. Carece de pertinencia al respecto el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca contratada por dicha persona en su condición de representante de su bufete de abogado, la cual grava bienes destinados al ejercicio de la actividad profesional de esa persona, como un inmueble perteneciente al citado bufete».

¹³ Artículo 5.5 LCGC: «5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

¹⁴ Cita esta sentencia otras muchas que corroboran la doctrina que en ella se mantiene, como son las Sentencias 149/2014, de 10 de marzo (*RJ* 2014, 1467); 166/2014, de 7 de abril; y 688/2015, de 15 de diciembre; 246/2014, de 28 de mayo; 227/2015, de 30 de abril (*RJ* 2015, 2019).

¹⁵ Artículo 7. No incorporación.

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

¹⁶ STJUE de 9 de julio de 2020: «Por lo que se refiere a los contratos de préstamo hipotecario, corresponde al juez nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (Sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18 [TJCE 2020, 3], EU:C:2020:138, apartado 52)».

¹⁷ Hay que entender además que, en este caso, no se trataba de una condición general de la contratación, pues la cláusula multidivisa había sido negociada con el interesado, por lo que no procedía «dar el salto» de un vicio del consentimiento a una falta de transparencia. Amén de que en el supuesto se pretende la nulidad parcial, solo de la cláusula multidivisa, si realmente hubo error del consentimiento, este afectaría a todo el consentimiento y la nulidad sería total, no parcial, que es lo que pretendía el demandante pasando de un posible vicio a una falta de transparencia para conseguir su objetivo de que solo se eliminara dicha cláusula y no todo el contrato. El Tribunal, por ello, es claro cuando afirma: «El demandante en su demanda ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de cuenta de crédito hipotecario concertado en yenes japoneses con posibilidad de cambio de divisa, nulidad que afectaría solo a la moneda en que se concertó el crédito y al cambio de divisa. La acción de nulidad ejercitada y estimada por la sentencia de primera instancia y confirmada por la de apelación, se basaba en la existencia de un vicio en el consentimiento, generado por un defecto de información sobre el producto y sus riesgos.

Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar, como hace el tribunal de instancia, error en el consentimiento prestado por demandante, porque desconocía los riesgos que entrañaba haber referenciado la cuenta de crédito a la moneda del yen japonés (su depreciación frente al euro), y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no solo la parte correspondiente a la divisa en que se concertó el préstamo con la subsistencia del resto del contrato (Sentencias 450/2016, de 1 de julio [RJ 2016, 4068], 66/2017, de 2 de febrero [RJ 2017, 389], 4/2019, de 9 de enero [RJ 2019, 10], y, más recientemente sentencia 490/2020, de 24 de septiembre [RJ 2020, 3314]).

Las sentencias invocadas por la parte recurrida para justificar la posibilidad de una nulidad parcial que afectara únicamente a las cláusulas relativas al opción multidivisa no resultan de aplicación a este caso, pues la acción ejercitada en aquellos casos era distinta, la de nulidad fundada en el carácter abusivo de las cláusulas relacionadas con la opción multidivisa, y esa acción no ha sido ejercitada en este caso».

Desheredados en tiempos de pandemia

Disinherited in times of pandemic

por

BLANCA SILLERO CROVETTO

Profesora titular de Derecho civil.

Universidad de Málaga

RESUMEN: El Covid-19 ha intensificado el sentimiento de desapego y la soledad de los mayores desatendidos, sin embargo la ley determina que solo bajo unas causas tasadas pueden los padres excluir del testamento a sus familiares. Nos preguntamos si en la nueva realidad social, cada vez más frecuente, la de los mayores dependientes que son ignorados literalmente por sus familias, la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario es causa de desheredación.

ABSTRACT: *The Covid-19 has intensified the feeling of detachment and loneliness of the neglected elderly, however the law states that only under certain taxed causes can parents exclude their relatives from the will. We wonder if in the new social reality, more and more frequent, that of dependent elderly people who are literally ignored by their families, the manifest and continued absence of family relationship between the deceased and the legitimate should be a cause of disinheritance.*

PALABRAS CLAVE: Causas de desheredación. Ausencia de relación familiar. Abandono emocional.

KEY WORDS: *Grounds for disinheritance. Lack of family relation. Emotional neglect.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. INTERPRETACIÓN FLEXIBLE DEL ARTÍCULO 853.2 DEL CÓDIGO CIVIL POR EL TRIBUNAL SUPREMO: 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 258/2014, DE 3 DE JUNIO. 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 59/2015 DE 30 DE ENERO. 3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 401/2018, DE 27 DE JUNIO. 4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 104/2019, DE 19 DE FEBRERO. 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 267/2019 DE 13 DE MAYO.—III. EL MALTRATO PSICOLÓGICO Y EMOCIONAL DE LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES CAUSA DE DESHEREDACIÓN: REQUISITOS.—IV. LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que murió su marido, hace 10 años, Carmen apenas tiene noticias de sus hijas. «Se enfadaron conmigo porque me negué a malvender un terreno y, a partir de ahí, nuestra relación se enfrió», cuenta. Sin embargo, ha sido durante la pandemia cuando ha sufrido con más intensidad los efectos del desapego y la soledad. «Ni ellas ni mis nietos me han llamado ni una sola vez para saber cómo estoy o si necesito algo. Como si no existiera». Ante esta situación, la mujer de 81 años, que prefiere no dar su apellido, ha optado por legar todos sus bienes a una ONG. «Si no quieren saber nada de mí, tampoco deberían disfrutar mi dinero cuando me muera», afirma no sin cierto pesar.

El caso de Carmen es uno entre muchos. Según MARCELO CORNELLÁ, presidente de la Asociación Cultural de Mayores de Fuenlabrada (Acumafu), desde la irrupción del coronavirus se han disparado las consultas de ancianos que desean desheredar a familiares. CORNELLÁ asegura que su organización, que asesora legalmente a jubilados de toda España, atiende desde marzo de 2020 una media de 220 llamadas al mes por esta causa, cifra que multiplica por cinco las que tenía el año pasado. «Nos piden que antes mediamo para ayudarlos a retomar la relación familiar, aunque si no lo conseguimos, el proceso sigue adelante», explica¹.

En España hasta hace poco más de 6 años, era muy difícil que jueces y tribunales se apartaran de lo que estrictamente dicta la norma y de lo prescrito textualmente en el Código civil con respecto a las causas de desheredación de los hijos y descendientes². Padres que preferían dejar íntegros sus bienes a las personas, físicas o jurídicas que les habían cuidado y atendido en la vejez, se encontraban que su voluntad no era respetada y los hijos maltratadores o ausentes acababan por percibir dos tercios de la herencia, en virtud del artículo 848 del Código civil, «la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley» y el artículo 853.2 permite al testador desheredar a sus descendientes, si el desheredado le ha maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra. Preceptos que eran interpretados en sus literales términos, de modo que los tribunales exigían un efectivo maltrato físico.

En la conocida Sentencia del Tribunal Supremo 675/1993, de 23 de junio (Ponente: BURGOS PÉREZ DE ANDRADE) se contempla la nulidad del testamento que contiene una cláusula de desheredación de la hija del fallecido. La cláusula de desheredación expresada en el acto de última voluntad, es la señalada en el artículo 853.2 del Código civil, figurando en la sentencia recurrida como único hecho probado relativo a esos maltratos de obra o injurias graves de palabra, la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres, cuando al ser preguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró: «no es cierto, puesto que tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre». El Tribunal manifestó que: el contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal *a quo*, vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir la verdad y, de cualquier modo, estuvo ausente el *animus injuriandi*, indispensable en estos casos. Se señala también en la sentencia que la hija desde la separación de los padres no mantuvo relación alguna con su progenitor, pero que no se pudieron probar los hechos que demostrasen las injurias graves, y que la falta de relación afectiva entre la hija y el padre, así como el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, correspon-

den al campo de la moral, que escapan a la apreciación y la valoración jurídica, quedando únicamente sometidos al tribunal de la conciencia»³.

El actual envejecimiento de la población española generado por la mejoría de las condiciones sanitarias y en consecuencia la prolongación de la edad media de vida de las personas (en torno a los ochenta años); la vida ciudadana y sus continuos desplazamientos, sea por oficio, beneficio u ocio; la necesidad de desarrollar vida extradoméstica por parte de ambos miembros de la pareja... son elementos determinantes de una realidad social cada vez más preocupante y sociológicamente detectada (LASARTE 2007: 363). Hoy, abandonar a los padres en centros geriátricos, sin ocuparse de ellos no son situaciones insólitas, como tampoco que esos mismos hijos que han desatendido a sus padres aparezcan solicitando su parte legítima en la herencia. Por ello, las modificaciones del artículo 756 del Código civil, introducidas en la Ley de Jurisdicción Voluntaria sobre las causas de indignidad para suceder es un gran paso que pone en el punto de mira una posible reforma de la institución de la desheredación, propiciado sin duda por las sentencias recientes del Tribunal Supremo⁴.

II. INTERPRETACIÓN FLEXIBLE DEL ARTÍCULO 853.2 DEL CÓDIGO CIVIL POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Afirma ALGABA ROS (2015:7), que en el Código civil, la única especialidad que la desheredación encuentra en relación a los distintos legitimarios que pueden ser desheredados es la que se refiere a las causas. Centrándonos en la desheredación a los descendientes en virtud de los artículos 852 y 853 del Código civil, son justas causas de desheredación las señaladas en el artículo 756, en sus números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º y específicamente las de «haber negado sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda» y de «haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra». La trascendencia práctica y la actualidad de la causa de desheredación maltrato de obra se pone de manifiesto a partir de las sentencias que sobre la materia ha dictado el Tribunal Supremo.

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 258/2014, DE 3 DE JUNIO

La Sentencia del Tribunal Supremo, 258/2014, de 3 de junio (Ponente: ORDUNA MORENO) contiene un litigio que arrancó nueve años antes cuando comenzó la historia de base de la sentencia. El resumen inicial tuvo lugar en 2005, ante el Juzgado de Primera Instancia de Ronda (Málaga). Todo empieza cuando una hija y un hijo impugnan las últimas voluntades del padre, expresadas en testamento. En la voluntad testamentaria se desheredaba a estos hijos porque al entender del progenitor, sus hijos no quisieron saber nada de él cuando él más los necesitó. En el testamento se reflejaba que dejaba todos sus bienes a su hermana, que le cuidó, ya enfermo, al final de su vida. Después de muerto el testador, los hijos comparecieron ante el juzgado, para reclamar su herencia legítima y la batalla legal entre tía y sobrinos se alargó cinco años, declarándose justa la desheredación contenida en el testamento.

La cláusula de desheredación del testamento decía que desheredaba expresamente a sus hijos por unas causas determinadas. En cuanto a la hija, por la causa primera del artículo 853 del Código civil, al haber negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados; y, además, por la causa segunda del mismo

artículo, al haberle injuriado gravemente de palabra. Por otro lado, en cuanto al hijo, por la causa segunda del artículo 853 Código civil, al haber injuriado gravemente de palabra al testador y haberle maltratado gravemente de obra. En esta primera instancia se daba el primer paso importante, al entender justa la desheredación, prevaleciendo la voluntad del testador.

El 30 de marzo de 2011, la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga ratificaba igualmente como justa la desheredación realizada por el padre hacia sus hijos. La cuestión de fondo del caso era la interpretación del artículo 853.2.^a del Código civil que traía a colación el maltrato psicológico como justa causa de desheredación. La Audiencia Provincial no dudó en calificar los hechos como un

[...] maltrato psíquico que, por el devenir de los acontecimientos, se reveló absolutamente injustificado, y en suma una falta de respeto hacia el causante y padre de los demandantes, que sin duda debió originar un quebranto y un sufrimiento en la persona de aquel, encajando ello en la definición del maltrato de obra que está regulado como causa de desheredación en el artículo 853.2.

Posteriormente, la sentencia que apuntaba a la desheredación de los hijos fue recurrida en casación ante el Alto Tribunal por los legitimarios desheredados. Se alegaba la infracción de los artículos 850, 851 y 853 del Código civil porque, a juicio de los recurrentes, los hechos imputados no son subsumibles en el artículo 853 del Código civil, pues las injurias e insultos no tenían la gravedad suficiente, dada la interpretación restrictiva de la institución, como para provocar la desheredación. Sobre la falta de relación afectiva o abandono sentimental se alegaba que eran hechos y circunstancias que correspondían al campo de la moral y no propios de la apreciación o valoración jurídica, de ser estos ciertos. Tal argumentación se apoyaba en una STS de 28 de junio de 1993. Finalmente, el recurso de casación se desestimó y nuevamente, el Tribunal Supremo consideró que se trataba de una desheredación justa.

Para desestimar el motivo planteado en el recurso, se fundamentó en cuatro argumentos. Inicia, como sigue:

En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura debe señalarse que aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley (art. 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo.

Y, en párrafo aparte, añade:

Esto es lo que ocurre con los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen.

A continuación, en el segundo de los argumentos, se realizó la equiparación del maltrato de obra al maltrato psicológico, sin que fuera vital la inexistencia de jurisprudencia clara y precisa en este sentido, como se estaba alegando en el recurso. El Alto Tribunal entendió que sí la había, las Sentencias de 26 de junio de 1995 y de 28 de junio de 1993 —de esta última incluso se nombraba que era expresamente citada por la parte recurrente como fuente jurisprudencial—, y volaba por encima de la jurisprudencia en esta argumentación.

Con este supuesto vuelo, se situaba en la Ley Suprema, en el artículo 10 de la Constitución española, en el Derecho de Familia y en la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

Así lo expresaba:

En segundo lugar, y en orden a la interpretación normativa del maltrato de obra como causa justificada de desheredación, en la línea con lo anteriormente expuesto, hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra, sin que sea obstáculo la alegación de la falta de jurisprudencia clara y precisa al respecto, caso de las Sentencias de esta Sala de 26 de junio de 1995 y de 28 de junio de 1993, esta última expresamente citada en el recurso por la parte recurrente. En efecto, este sentido la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de Familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros de la Ley Orgánica de Protección Integral de la Violencia de Género, 1/2004.

Como tercer argumento se refuerza la argumentación en los siguientes términos:

Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador, esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general del derecho (STS de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de sucesiones en relación con el principio de favor testamenti, entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012.

En la cuarta argumentación es donde quizá el alcance de la sentencia es definitivo: posiciona el maltrato psicológico de la hija como conducta de maltrato recogida en la causa segunda del artículo 853 del Código civil. Aquí no contempla solo la mera desafección familiar como causa de desheredación, sino que va más allá.

Es decir, —la pérdida del contacto familiar, la ausencia de relación, el abandono emocional, etc.— deben tener la entidad suficiente para caracterizar un maltrato psicológico incardinable en el artículo 853.2.º del Código civil»⁵.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 59/2015 DE 30 DE ENERO

Nuevamente, la Sala Primera del Tribunal Supremo —con el mismo magistrado ponente, Francisco Javier ORDUÑA MORENO—, unos meses más tarde de la Sentencia de 3 de junio de 2014—, dicta esta Sentencia de fecha 30 de enero de 2015, similar a la anterior, en la que se reitera la doctrina sobre la causa de desheredación por maltrato psicológico. Al ser reiterada adquiere el requisito con el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo completa el ordenamiento jurídico a través del artículo 1.6 de Código civil.

Los antecedentes y hechos acaecidos hacen que la sentencia del Tribunal Supremo sea muy interesante. Conviene igualmente este relato de hechos. En primera instancia, se desestima la demanda interpuesta por un hijo desheredado por su madre. El magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Castellón dictó Sentencia con fecha 29 de octubre de 2012, en la que consideró que concurría la causa de desheredación del artículo 853.2.º del Código civil, en el que aparece el maltrato psicológico nuevamente como subtipo del maltrato de obra.

El hijo recurre en apelación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón en cuyo fallo, se decide reducir la institución de heredero contenida en dicho testamento. En cuanto a que la madre hizo petición de desheredación total para su hijo y declaraba heredera universal a una hija, el razonamiento de la Audiencia es que esta última situación perjudicaba la legítima estricta o corta de su hermano según reza en la parte dispositiva de la sentencia. No obstante, en la Audiencia se realizó una interpretación restrictiva de la institución de la desheredación y de la legítima.

La hija recurre en casación ante el Tribunal Supremo con un motivo único, basado en la infracción de la doctrina jurisprudencial del artículo 853.2 del Código civil y el Alto Tribunal lo admite a trámite. El Tribunal juzgador se remite a la Sentencia de esa misma Sala, del 3 de junio de 2014:

En relación a la cuestión que plantea el presente recurso de casación, esto es, la interpretación del concepto de maltrato de obra que contempla el artículo 853.2 del Código civil, debe señalarse que la reciente jurisprudencia de esta Sala se ha ocupado de esta figura en su sentencia de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014).

Una interconexión que lleva a afianzar un contexto interpretativo amplio con el que rebate que:

[...] la realidad del maltrato psicológico, en el presente caso, resulta reconocida en ambas instancias de forma clara y sin matices.

Y, concluye de forma taxativa y personalizada:

En efecto, solo de este modo se puede calificar el estado de zozobra y afectación profunda que acompañó los últimos años de vida de la

causante, tras la maquinación dolosa de su hijo para forzarla, a finales del año 2003, a otorgar donaciones en favor suyo, y de sus hijos, que representaban la práctica totalidad de su patrimonio personal. Comportamiento doloso y conflicto emocional de la testadora que ya apreció esta Sala en la Sentencia de 28 de septiembre de 2011 al declarar la nulidad de las citadas donaciones; pero que en nada pudo reparar su estado de afectación ya que su muerte aconteció el 28 de abril de 2009, año y medio antes de la citada sentencia.

En el fallo se dice textualmente que se reitera la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en la Sentencia de 3 de junio de 2014 (núm. 258/2014), respecto de la interpretación del artículo 853.2 del Código civil, con relación al maltrato psicológico.

Sin embargo como observa VAQUER ALOY (2020:1078) el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, que ni apreció dolo en las donaciones, ni estimó la concurrencia de causa de desheredación; que el caso es de abuso económico, con lo que apreciar maltrato psicológico como causa de desheredación es forzar dos veces la letra del artículo 853.2, para que quepa el maltrato psicológico y para que este englobe el abuso económico; que la Audiencia Provincial rechazó que procediera la desheredación, por lo que, aunque en el caso acabara por apreciarse, la ausencia de una causa más literal abocó a un largo pleito; y que, si la causante no hubiera testado, no es fácil discernir si el hijo habría acabado por ser heredero o si se hubiera alegado alguna causa de indignidad que hubiera podido ser reconstruida por razones de justicia material.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 401/2018, DE 27 DE JUNIO

El Tribunal Supremo en esta sentencia de la que es Ponente M^a Ángeles PARRA LUCÁN, vuelve a abordar el tema de la interpretación de las causas de desheredación.

La cuestión jurídica que se plantea en el recurso es la validez de una desheredación cuando el testador, que no menciona de manera expresa la causa por la que deshereda a su hija, incorpora al testamento abierto que otorga dos documentos de los que podía inferirse la causa legal de desheredación que pretende hacer valer: la copia de una carta que dirigió a su hija manifestando su deseo de iniciar un contacto que no había existido desde que ella era una niña y la copia de una denuncia por agresión interpuesta años antes contra la hija y que fue archivada. Se plantea también la eficacia de la reconciliación y del perdón.

La sentencia de primera instancia estima sustancialmente la demanda, declara la nulidad de la disposición testamentaria del padre por la que desheredaba a su hija, declara que esta es heredera forzosa de su padre y que, en consecuencia, tiene derecho a percibir la legítima estricta que le corresponda en su herencia. Considera el juzgado que la desheredación es nula por injusta:

«i) la desheredación requiere que exista alguna de las causas tasadas y que se indique por el testador la aplicada (arts. 848 y 849).

ii) a la vista de la carta de 16 de agosto de 2012 aportada por la hija, ha quedado acreditada la reconciliación con el padre, de modo que el maltrato de obra y las injurias imputadas a la hija tendrían que ha-

berse producido a partir de ese día, puesto que la reconciliación priva al ofendido del derecho a desheredad (art. 856).

iii) A pesar de que resulta evidente que el padre y la hija habían normalizado sus relaciones, el padre se retrotrae de lo dicho y procede a desheredar a la hija, pero no por los motivos de la denuncia de 2009 que le imputaban a la hija maltrato de obra, sino por razones genéricas que más tenían que ver con la falta de comunicación y entendimiento, razones que no son causa de desheredación, sino que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1993, corresponden al campo de la moral, máxime cuando en el presente caso, de haberse producido, no pueden achacarse a la hija, ya que habrían tenido lugar durante su minoría de edad.

Declara el juzgado que procede mantener la validez del testamento y reconocer a la actora el derecho a la legítima que le corresponda en la herencia de su padre».

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirma en su integridad la sentencia recurrida.

El Tribunal Supremo introduce varias precisiones sobre los hechos, muy importantes en la consideración del maltrato psicológico reiterado dentro de las causa de desheredación de maltrato de obra del artículo 853.2 del Código civil, a partir de su interpretación por las sentencias de esta Sala 258/2014, de 3 de junio y 59/2015, de 30 de enero, al entender que se trata de una acción que puede lesionar la salud mental de la víctima, y en el caso en concreto, en atención a las circunstancias concurrentes, ninguno de los hechos referidos por la recurrente son susceptibles de ser valorados como maltrato psicológico:

En cuanto a la valoración de ofensas de la hija al padre en redes sociales: Examinada la dureza de las opiniones sobre el padre vertidas por la hija en las redes sociales, se afirma que se trata de un *hecho puntual* que no integra un maltrato reiterado y su eficacia como causa desheredatoria queda desvirtuada por un posterior intercambio de mensajes familiares con su padre que avala la reconciliación entre ambos y por el hecho de que el causante, no hizo mención alguna a esta causa de desheredación en su testamento.

Respecto al valor de la falta de relación familiar afectiva. Insiste el Tribunal Supremo en que solo una falta de relación *continuada e imputable* al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos, y por tanto causa de desheredación.

En este caso entiende que tal circunstancia no puede apreciarse si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contraria a su interés. Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña.

Desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 104/2019, DE 19 DE FEBRERO

Se identifica el problema de esta sentencia (magistrado ponente Eduardo BAENA RUIZ) en saber si la negativa de los hijos mayores de edad a relacionarse con el progenitor alimentante es causa de extinción de la pensión alimenticia.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación: Se ha seguido procedimiento de modificación de medidas a instancia de don Demetrio contra doña Esmeralda, en el que se solicitaba en la demanda la extinción de la pensión alimenticia de los dos hijos mayores de edad por tres razones: 1. Disminución de la capacidad económica. 2. Por falta de aprovechamiento en los estudios de los hijos y 3. Por la nula relación de los alimentistas con el alimentante. La parte demandada al contestar a la demanda, se opuso a la pretensión del actor.

La sentencia de la primera instancia, no alcanza a encontrar un encaje normativo a la extinción que acuerda de la pensión alimenticia del padre a favor de los dos hijos mayores de edad. Se limita a constatar la negativa de los hijos a relacionar con el padre, situación de hecho que aparece consolidada y por la que este carece de trato con ellos y conocimiento de la evolución de sus estudios. De ello colige que, en tales circunstancias se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas⁶.

La sentencia de apelación que es la que se recurre, sí se acerca normativamente a la cuestión, al citar el artículo 152 del Código civil, y en concreto el apartado 4 de dicho precepto que dispone que «Cesará la obligación de dar alimentos cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación». Precepto que hay que ponerlo en relación con el artículo 853.

Se reconocen dos planos en el conflicto entre la interpretación restrictiva y la extensión de causas de desheredación:

«El núcleo del debate es si la conducta que tenga un hijo mayor de edad hacia su progenitor puede, en función de la intensidad, amparar que se extinga la pensión alimenticia que de él o ha de seguir manteniéndose esta.

Si la causa es una de las previstas para la desheredación no cabe la menor duda de que así sea, por aplicación del artículo 152.4 en relación con el artículo 853.2 del Código civil.

Pero la interrogante, a efectos de cese de la obligación alimenticia, es si también aquí se podría acudir a una interpretación flexible de las causas de desheredación conforme a la realidad social,

Se afirma que el Código civil de Cataluña (art. 237-13) prevé como el Código civil que la obligación de prestar alimentos se extingue por el hecho de que el alimentado incurra en alguna causa de desheredación. Lo que sucede es que entre las causas de desheredación contempla (art. 451-17 e) «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario». Causa esta que no recoge el Código civil.

Se propone una interpretación flexible a efectos de la extinción de la pensión alimenticia, conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, en tanto en cuanto el legislador nacional no la prevea expresamente, como así ha sido previsto en el Código civil de Cataluña.

Como algún tribunal provincial ha afirmado «cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales».

Esta argumentación, que se hace al aplicar la normativa del Código civil de Cataluña, es perfectamente extrapolable al derecho común, en la interpretación flexible de la causa de extinción de pensión alimenticia que propugnamos, porque la solidaridad familiar e intergeneracional es la que late como fundamento de la pensión a favor de los hijos mayores de edad, según la doctrina de la Sala.

Ahora bien, admitida esta causa, por vía de interpretación flexible de las causas de desheredación, a efectos de extinción de la pensión alimenticia, entra en consideración el segundo plano del debate, que es la interpretación rigurosa y restrictiva de la concurrencia y prueba de la causa, esto es, la falta de relación manifiesta y que esa falta sea imputable, de forma principal y relevante al hijo. En este punto se mantiene que: 1. «sí es relevante para apreciar esta causa de extinción de la pensión que aparezca probado que la falta de relación manifiesta entre padre e hijos, sobre la que no existe duda, es de modo principal y relevante, imputable a estos. 2. Este carácter principal y relevante, de intensidad no lo da por probado la propia sentencia, pues recoge que puede «ser imputable a los alimentistas, esto es categóricamente no lo tiene claro, y añade, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades».

Se colige de esto último que esa falta de relación no es imputable a los hijos, con la caracterización de principal, relevante e intensa mencionada.

Si la interpretación ha de ser restrictiva y la prueba rigurosa, no puede apreciarse que concorra causa de extinción de la pensión alimenticia.

En atención a lo expuesto se estima el recurso de casación interpuesto por la Sra. Esmeralda.

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 267/2019 DE 13 DE MAYO

Se reafirma en esta sentencia la inclusión del maltrato psicológico en la causa segunda del artículo 853 Código civil que posibilita la desheredación, siendo de nuevo magistrado ponente ORDUNA MORENO.

En lo que aquí interesa el testamento de la causante, D.^a Valle, de 3 de agosto de 2009, contenía lo siguiente: «[...] 1. Que su hijo Raimundo, le ha manifestado reiteradamente que está llena de maldades y brujerías, y que la casa, igual que ella, está también embrujada y llena de maldades, dejándola sola y abandonada, no obstante estar grave como consecuencia de una enfermedad crónica que padece desde hace más de diez años, que se ha ido agravando paulatinamente, causándole una movilidad muy reducida y obligándola a desplazarse en una silla de ruedas. 2. Que su hijo Lázaro, le atribuye la responsabilidad de todos los males que, según él, ha padecido en la vida, y le niega formal y expresamente su condición de madre, careciendo de interlocución alguna con él, hasta el punto de haber intentado la testadora felicitarle el día de su cumpleaños y sufrir el desplante de que le colgara el teléfono. 3. Expuesto cuanto antecede, la testadora ordena su última voluntad, con arreglo a las siguientes cláusulas:

PRIMERA. Como consecuencia de todo lo expuesto y al amparo de la causa 2.^a del artículo 853 del Código civil, deshereda a sus hijos, don Lázaro y don Raimundo.

SEGUNDA. Instituye heredero a su hijo don Luis Pedro, sustituido en su defecto por sus descendientes».

D. Lázaro y D. Raimundo presentaron una demanda en la que solicitaban que se declarase la nulidad de la cláusula de desheredación contenida en el tes-

tamento, así como la nulidad de la institución de heredero único y universal a favor de su hermano d. Luis Pedro.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Consideró acreditado que los demandantes habían incurrido en un maltrato psíquico contra su madre a lo largo de los años, particularmente en los últimos de su vida cuando ya estaba enferma, con una conducta de menosprecio y abandono. También consideró que no había habido una reconciliación con su hijo Raimundo, que residía en casa de su madre durante los últimos meses de su vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre.

Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia lo desestima y confirmó la de primera instancia, conforme a la doctrina contenida en las Sentencias 258/2014, de 3 de junio y 59/2015, de 30 de enero. Consideró que en el presente caso concurría el maltrato psicológico como justa causa de desheredación de los demandantes en el testamento de su madre.

Frente a la sentencia de apelación los demandantes interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En lo que al maltrato psicológico como causa de desheredación, se afirma en la sentencia:

«[...] la sentencia recurrida, de modo expreso, sustenta su fundamentación jurídica desde el concepto de maltrato psicológico dado por esta Sala en sus sentencias 258/2014 y 59/2015. En dichas sentencias, el maltrato psicológico, se configura como una injustificable actuación del heredero que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra del artículo 853.2 del Código civil.

En el presente caso la sentencia recurrida considera acreditado que ambos hermanos incurrieron en una conducta de menosprecio y abandono familiar respecto de su madre, sin justificación alguna y solo imputable a los mismo».

Se desestima el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bilbao.

De la lectura de estas sentencias, se desprende según CARRAU CARBONELL (2015:251) que, el Tribunal Supremo, aunque no lo señale expresamente, se sirve de una de las armas más poderosas de las que disponen los tribunales en materia de Derecho Privado: el artículo 3 del Código civil, que le permite interpretar la norma utilizando un criterio lógico o finalista, y además tener en cuenta la realidad social actual, que es radicalmente diferente a la existente en el tiempo de promulgarse el Código civil. O como puso de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ (1997: 303 y sigs.), al interpretar las normas conforme a la realidad social estamos haciendo uso de las cláusulas generales en nuestro ordenamiento, cláusulas general es que aportan al juez una media, una directiva para la búsqueda de la norma de decisión.

Los argumentos a favor de esta interpretación de la norma son, fundamentalmente dos: por un lado el respeto a la dignidad de la persona recogido en el artículo 10 de la Constitución española; y por otro el principio de conservación de los negocios jurídicos; y su consecuencia en el ámbito sucesorio: el principio de *favor testamenti*, como criterio de interpretación del testamento contenido en el artículo 675 del Código civil.

En este sentido el Tribunal Supremo afirma que «Por lo demás, la inclusión del maltrato psicológico, como una modalidad del maltrato de obra, en la línea de la voluntad manifestada por el testador; esto es, de privar de su legítima a quienes en principio tienen derecho a ella por una causa justificada y prevista por la norma, viene también reforzada por el criterio de conservación de los actos y negocios jurídicos que esta Sala tiene reconocido no solo como canon interpretativo, sino también como principio general de derecho (STS de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012) con una clara proyección en el marco del Derecho de Sucesiones en relación con el principio *favor testamenti*, entre otras, STS de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012» (STS 59/2015, de 30 de enero)⁷.

Con base en estos postulados el maltrato psicológico y la ausencia de trato sí constituyen causas de desheredación, con lo que estos pronunciamientos supusieron una avalancha de consultas en las notarías y despachos de abogados, que se ha agravado en estos momentos de pandemia⁸ y ha desembocado en la redacción de múltiples testamentos que contienen la desheredación por maltrato psicológico. Consecuencia de ello son también las numerosas sentencias de la jurisprudencia menor, reiterándose en la interpretación expuesta o en su matización. Asimismo, la Dirección General de los Registros y el Notariado ha tenido que manifestarse sobre los presupuestos que han de observarse en la redacción de la cláusula testamentaria de desheredación.

III. EL MALTRATO PSICOLÓGICO Y EMOCIONAL DE PERSONAS MAYORES VULNERABLES CAUSA DE DESHEREDACIÓN: REQUISITOS

Del contenido de los artículos 848 a 857 del Código civil dedicados a la desheredación, se desprende que en los casos de desheredación total de un legitimario, tienen que reunirse todos estos requisitos para que sea justa: que se realice en testamento, que se exprese la causa de desheredación y que esta sea una de las previstas en la ley, y además, si abierta la sucesión el desheredado niega dicha causa, los demás herederos deberán probar la certeza de la misma.

Por tanto en el diseño legal actualmente vigente, la legítima es configurada como un derecho del que solo puede privarse al legitimario de manera excepcional cuando concurra causa de desheredación, debiendo acreditarse una serie de requisitos para que una ausencia de relación pueda constituirse en maltrato psicológico que justifique la desheredación y que atendiendo a la doctrina jurisprudencial son los siguientes⁹:

1. Validez de la desheredación en testamento. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 135/2019, de 7 de junio, confirma la validez de la desheredación por maltrato psicológico, ante la ausencia total de relación por causa imputable a la hija, a pesar de haber sido redactado el testamento conforme a la minuta presentada por la parte interesada y elaborado por un abogado. Se afirma que «la previa minuta redactada por el abogado no priva de validez a la cláusula ya que dicha minuta es coincidente con la voluntad que la testadora expresó de viva voz ante notario, quien hizo constar un juicio de capacidad específico, señalando que otorgaba testamento de forma plena, consciente y lúcida y en pleno uso de sus facultades mentales».
2. Asesoramiento al testador. El notario, en el momento en el que escucha al testador para redactar el testamento conforme a su voluntad, debe

realizar la labor de averiguación, para dilucidar cuál es la situación de este y partir de la definición de maltrato psicológico que realiza la jurisprudencia, como «acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima», y los criterios para saber si concurre justa causa de desheredación pueden ser: en primer lugar, el tiempo durante el cual la relación familiar ha sido inexistente (no es lo mismo un distanciamiento puntual que una completa ausencia de relación paterno-filial); y en segundo lugar, el padecimiento que ello ha infringido en el testador, el cual a pesar de ser un criterio subjetivo, es fácilmente identificable cuando el testador se explica abiertamente, y en confianza, al notario para darle a conocer su voluntad (CARRAU CARBONELL 2015:252).

Estos criterios pueden servir para asesorar al testador sobre la viabilidad de su desheredación, aunque en todo caso, el testamento se redactará conforme a su voluntad, por lo que, si el testador quiere desheredar, se debe redactar la cláusula de desheredación, conforme al artículo 849 del Código civil, advirtiendo previamente al testador de que su eficacia definitiva dependerá de que el desheredado impugne y de que se pueda probar efectivamente el maltrato psicológico.

Si el desheredado no llega a impugnar, no se planteará problema alguno, pero sí decide impugnar, surgen en el caso difíciles problemas probatorios, pues como exige el artículo 850 del Código civil, «La prueba de ser cierta la causa de desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare». Esta prueba no es difícil en otras causas de desheredación en las que existirá una sentencia penal o civil o una demanda judicial de alimentos, pero en el caso de desheredación de hijos o descendientes a causa de maltrato consistente en maltrato psicológico por abandono familiar, los herederos del testador pueden tener problemas para probar que efectivamente el desheredado desatendió al causante, correspondiendo a los tribunales la valoración de la misma¹⁰.

«Que la prueba de estas situaciones es difícil, se pone de manifiesto en la sentencia 217/2020, de 18 de septiembre, de la Sección 16.ª, de la Audiencia Provincial de Barcelona. Se trata de demostrar un hecho negativo, como la falta de relación, y además algo tan discutible siempre como que fue por culpa de una de las partes. Pero es que esta causa de desheredación es así de dificultosa, lo cual no puede conducir a eludir las consecuencias de dos principios básicos: que la legítima es una limitación a las facultades de disponer mortis causa y, en segundo lugar, que, como consecuencia de ello, la carga de probar la justeza de cualquier desheredación corresponde a quien la afirme. Aunque comporte la carga de probar hechos negativos, que es el paradigma de la dificultad probatoria».

Un atisbo de solución, ante la dificultad de esta prueba que apunta CARRAU CARBONELL (2015:254), es que el testador al otorgar su testamento con desheredación, solicite del notario el otorgamiento de un acta de notoriedad, prevista en el artículo 209 del Reglamento Notarial, que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que este le ha abandonado y maltratado psicológicamente. Afirma que también puede ser complicada su autorización, pero seguramente el propio testador pueda aportar más elementos probatorios en vida de los que podrán aportar sus herederos tras su muerte. Podrían incorporarse al acta manifestaciones del resto de familiares, certificados bancarios que prueben que el testa-

dor no recibe ninguna ayuda del potencial desheredado, y cualesquiera otras pruebas que el testador considere puedan servir en el futuro a sus herederos para defenderse de la impugnación de la desheredación.

El Tribunal Supremo en Sentencia 492/2019, de 25 de septiembre (Ponente: SALAS CARCELLER) declara como doctrina jurisprudencial que la acción para impugnar la desheredación injusta está sujeta en su ejercicio al plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, cuyo cómputo comenzará a contar desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el testamento.

3. En la redacción del testamento debe identificarse al legitimario desheredado correctamente conforme al artículo 772 del Código civil. Así se establece en la RDGRN de 25 de mayo de 2017, en los siguientes términos:

A) Identificación suficiente del legitimario desheredado, «por su nombre y apellidos» Subsidiariamente habrán de ser perfectamente determinables, por estar designados de manera que no pueda dudarse de quien sea el sujeto afectado.

Esta identificación en el caso tratado era para el testador imposible pues no sabía siquiera si tenía o no nietos y menos aún sus nombres, lo que sin duda deja clara la falta de afección y abandono.

B) Capacidad del desheredado: es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Así lo establece la RDGRN de 1 de junio de 2017.

C) Sigue la DGRN determinando que, en el ámbito extrajudicial, gozarán de plena eficacia los actos y atribuciones particionales que se ajusten al testamento, aunque conlleven exclusión de los derechos legitimarios, mientras no tenga lugar la impugnación judicial de dicha disposición testamentaria. La partición es válida mientras no tenga lugar la impugnación judicial de la disposición testamentaria que priva de la legítima. Esta doctrina no empece sin embargo, para que se niegue *ab initio* eficacia a las desheredaciones que no se funden en una causa de las tipificadas en la ley, o que se refieran a personas inexistentes al tiempo del otorgamiento del testamento, o a personas que, de modo patente e indubitado (por ejemplo, un recién nacido) resulte que no tienen aptitud ni las mínimas condiciones de idoneidad para poder haber realizado o ser responsables de la conducta que se les imputa.

Así pues, concluye de manera exigente que «si bien los llamados en testamento pueden, por si solos, realizar la adjudicación o partición de herencia, sin necesidad del concurso de los desheredados expresamente, es preciso que la autorización de la correspondiente escritura pública de herencia, otorgada sin la concurrencia de los expresamente desheredados, contenga los datos suficientes para deducir, en los términos expresados, la plena legitimación de los otorgantes». En consecuencia, deben ser identificados los desheredados a los efectos de determinar que efectivamente son imputables por lo que se refiere a la causa de desheredación. Con esta exigente doctrina ¿se deben identificar nombres de los desheredados?, y ¿determinar —¿el notario o el registrador?— si son imputables o no?,

pero ¿cuándo son imputables? ¿a los 12 años, a los 16 años, edad en que pueden ser emancipados? ¿a los 18? y además ¿se debe exigir acreditar que no adolecen de defectos de capacidad?

Esta resolución, convierte el procedimiento de inscripción en un procedimiento cuasi-judicial en el que no existe ni principio de prueba ni de audiencia de las partes para valorar algo como la imputabilidad, lo que solo en sede judicial puede y debe hacerse con garantías.

En la RDGRN de 6 de mayo de 2016, y ante el supuesto en que el testador deshereda al único hijo que tiene por la causa del artículo 853.1 del Código civil e instituye a la viuda como heredera universal, la heredera otorga la escritura y manifiesta «1.º. Que no le consta la existencia, y consecuentemente el paradero, del hijo del causante, del que ni ella ni su esposo, el causante, ni el entorno familiar, han tenido noticias desde hace más de cuarenta años. 2.º. Que en la misma forma, no le consta si dicho hijo tiene o tuvo descendencia», entiende la DGRN que desheredado el legitimario, basta con declarar en la herencia que se desconoce si tiene descendientes. No se puede exigir la prueba negativa de la inexistencia de legitimarios¹¹.

4. Expresión en el testamento de la causa de desheredación. Atendiendo a la doctrina jurisprudencial, «solo una falta de relación continuada podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos». En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 401/2018, de 27 de junio, considera que no concurre causa de desheredación con respecto a una hija que no mantiene relación con su padre desde la niñez debido a que fue suspendido el régimen de visitas.

En el caso contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25.ª, 235/2020, de 18 de junio, en el testamento solo se menciona como causa de desheredación el que las hijas y nietas no fueron a visitar al testador; tras sufrir un accidente de tráfico, sin mención alguna en el testamento a que existiera una ausencia de relación entre padres e hijas, ni que este le hubiesen ocasionado maltrato psicológico por abandono continuado. Por tanto el hecho de que las relaciones no fueran buenas, o que existiera distanciamiento entre padres e hijas, no se recoge como causa de desheredación en el testamento, pues solo se menciona un episodio puntual en el que las hijas no van a visitar a su padre. En consecuencia, los hechos descritos en el testamento no son por sí solo causas de desheredación pues no pueden equiparse a un maltrato». También se desestima el recurso de apelación en el supuesto contemplado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, 50/2020, de 27 de febrero, al no constar acreditada la pretendida inexistencia absoluta de relación entre el causante y sus hijos que se hace valer como causa eficaz de desheredación.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, 282/2019, de 18 de febrero, invoca expresamente la aludida sentencia del Tribunal Supremo para dejar sin efecto una cláusula en la que el testador «deshereda a sus seis hijos, por falta de afectividad e interés que, a lo largo de las últimas décadas han tenido respecto del testador. Resulta curioso de este caso que la valoración de la prueba de dicho supuesto maltrato psicológico lo es por la concurrencia del padre a un programa de televisión para intentar un reencuentro con sus hijos, espa-

cio televisivo en el que los hijos no quisieron intervenir. Dicha ausencia no implica desprecio, abandono o desinterés, pues obedece a la propia intimidad de caso uno el querer o no intervenir en estos programas-espectáculo. Quedando además acreditado que los hijos fueron criados por su abuela y su tía, por el desinterés de su padre quien, conociendo los domicilios y teléfonos de sus hijos no quiso contactar con ello, por lo que la ausencia de relación es imputable al progenitor.

Sí queda acreditada la concurrencia de la causa de desheredación y se estima el recurso en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gijón, Sección 7.ª, 361/2020, de 14 de octubre, en cuanto resulta incuestionable que el actor desde la primera intervención de su padre, no se preocupó de ningún modo del estado de salud del mismo, pese a la grave enfermedad que padecía. Que no existía relación familiar hasta el punto en el que en las comidas familiares, si coincidían ambos no se saludaban, corroborando el absoluto desapego e indiferencia del demandante hacia su padre. Resulta además incontestable que al demandante le era indiferente la figura paterna hasta el punto en el que, según declararon los testigos, ni tan siquiera acudió al tanatorio ni al funeral de su padre.

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, 208/2015, de 21 de abril, se afirma que «conforme a reiterada jurisprudencia, partiendo de una disposición testamentaria del testador en que deshereda a su hija, no resulta necesario relatar, y menos detallar, los hechos que provocan la desheredación, cuando la voluntad de desheredar queda manifiestamente patente en el testamento».

La Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.ª, en Sentencia 5/2016, de 8 de enero, no comparte el razonamiento de la juzgadora de instancia en el sentido de falta de acreditación por parte de la demandada de la certeza de la causa de desheredación y ello porque a juicio de este Tribunal «sí ha quedado por el contrario acreditado el maltrato psicológico que los abuelos padecieron por el comportamiento de sus nietos. Los demandantes en su libertad de escoger, en su relación familiar, se inclinaron por el absoluto desinterés, displicencia, desconsideración e indiferencia hacia sus nietos, con la consiguiente afectación que estos sufrieron, al sentirse abandonados por sus nietos, en su estabilidad emocional y sentimental, lo que al parecer a ellos les importaba poco, y los abuelos en su libertad de testar, consciente y voluntariamente, lo hicieron en justa y recíproca correspondencia, desheredándolos, privándoles de unos derechos sucesorios de los que aquellos no eran acreedores por concurrir justa causa de desheredación, la del maltrato psíquico o psicológico, que se ha venido a corroborar, en su egoísmo y materialidad, con el interés, aprecio y querencia que los demandantes han mostrado hacia la herencia de sus abuelos, una vez fallecidos estos».

5. Exigencia de que el maltrato psicológico sea imputable al desheredado. Criterio que ha consagrado la Sentencia del Tribunal Supremo 401/2018, de 27 de junio, «solo una falta de relación imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos» y que la sentencia 267/2019, de 13 mayo «configura el maltrato psicológico como una injustificada actuación del heredero».

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 1125/2019, de 27 de junio, exige probar, no solamente la

ausencia de trato, sino también la imputabilidad a los hijos desheredados de dicha falta de relación familiar, sin que la desheredación por maltrato psicológico pueda basarse en meros sentimientos del testador.

Son frecuentes las sentencias de las Audiencias Provinciales que no aceptan que exista esa actuación injustificada por parte de los herederos, dadas las circunstancias en que se desenvolvió el cese de relación entre el causante y sus hijos. En particular cuando se trata del cese de la relación como consecuencia de que los padres se separan, iniciando una nueva relación de pareja para convivir con otra persona. En modo alguno, las resoluciones se cuestionan el hecho de que se pueda rehacer la vida con otra persona, ni que se abandone el domicilio familiar, sino que lo que se analiza es si existió maltrato psicológico por parte de los demandantes hacia su padre divorciado por ausencia de contacto con su progenitor paterno desde la ruptura matrimonial de sus progenitores.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13.ª, 329/2020, de 22 de octubre, se concluye que esa ausencia de relación entre el causante y sus hijos no puede convertirse en causa de desheredación, teniendo en cuenta que eran menores de edad, y en una etapa especialmente conflictiva de la vida como es la adolescencia, cuando se produjo la ruptura matrimonial de sus progenitores, siendo ellos víctimas principales, como en cualquier otro caso de ruptura matrimonial por lo que no pueden ser responsabilizados de esa ausencia de contacto, en los primeros años tras la separación, y tampoco de lo acaecido ya con posterioridad cuando ambos eran mayores de edad, pues nuevamente tampoco se ha justificado con actuaciones del causante encaminadas a retomar el contacto con sus hijos, sino más bien al contrario, fue su decisión mantenerse alejado de ellos, de modo que no puede imputarse a los demandantes una conducta activa encaminada a evitar contactos o no llevar a cabo los cuidados necesarios respecto de su progenitor paterno, ni en consecuencia, que hayan incurrido en maltrato psicológico hacia su figura paterna».

Se desestima el recurso en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18.ª, 183/2020, de 26 de mayo, por cuanto el hecho de no haber tenido contactos reiterados con la madre, no se refiere a una actuación derivada de la propia voluntad de la menor, sino al hecho de que efectivamente la madre, por las razones que fuera, había procedido a un cierto distanciamiento con respecto de sus hijos adoptivos al haberlos ingresado desde poco tiempo después de la instauración de la adopción en centros dependientes de la Comunidad de Madrid en régimen de internado. Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, 316/2018, de 17 de septiembre, resulta evidente que el recurso debe ser desestimado, dado que la falta de relación familiar del demandante con su madre no le es en modo alguno imputable, dado que la misma acontece cuando era un niño de corta edad, habiéndose producido una abrupta ruptura de la relación con su madre dado el abandono de esta del domicilio familiar, no habiendo intentando la misma desde entonces mantener ningún tipo de contacto o relación con su hijo.

Se concluye en la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª 327/2019, de 7 de marzo, que la hija desheredada había sido rechazada por el testador, quien fue condenado, además, en sentencia firme de un tribunal suizo, por agresión sexual a su hija.

Cuando se trata de la desheredación a los nietos, se deben observar ciertas cautelas según expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.ª, 106/2017 de 15 de marzo, afirmando que «es cierto que si bien no es posible apreciar la culpabilidad del rechazo al abuelo por parte del nieto menor de edad, el rechazo al padre y al abuelo cuando la nieta ha alcanzado la mayoría de edad es imputable a la misma». Sin embargo, concluye la Audiencia, que «si la nieta, por influencia de terceras personas ha creído que eran su padre y abuelo los que optaron por cortar la comunicación con ella, es lógico pensar que no tratara de reanudar la relación con los mismos, albergando cierto rechazo a su familia paterna. En el supuesto no se acredita que, alcanzada la mayoría de edad, su padre y abuelo hayan tratado de ponerse en contacto con ella, explicándole la realidad de los hechos».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, 863/2020, de 9 de noviembre afirma que «a diferencia de lo que ocurre en los primeros años de una persona, en la que el contenido de la relación familiar va a venir determinado por la actitud de sus mayores, encontrándose el menor en una clara situación de dependencia y subordinación, cuando pasan los años, la relación se invierte y los miembros de la familia que pasan a una situación de mayor dependencia son los mayores, que van menguando en el conjunto de sus capacidades. Por eso, decir, como dice el apelante (apoyándose en la testifical), que la Sra. Andrea era orgullosa y que la falta de relación se debió a su actitud respecto de su nieto, no se aguanta. El distanciamiento del actor, en un primer momento, es aceptable que viniera condicionado por la ruptura familiar y por su posicionamiento a favor de la madre, con el expuesto alejamiento de la familia paterna, pero con el paso de los años, la consolidación de ese distanciamiento solo a él es imputable. Una cosa sería que en algún momento hubiera intentado algún tipo de acercamiento, y que hubiera sido abortado por su abuela, pero eso lo que precisamente no se produjo en ningún momento a lo largo de casi 20 años, coincidiendo con la decadencia física de la abuela, imposibilitada incluso de desplazarse por sus medios e ingresada en una residencia».

En la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, encontramos la Resolución de 25 de mayo de 2017, que precisa también los requisitos de la desheredación.

El testamento que da origen a la partición tenía este tenor: *«deshereda a sus hijas doña C., doña E., doña A, habidas de su anterior matrimonio, y a todos los descendientes de estas, por la causa establecida en el artículo 853, número 2.º del Código civil»*.

La DGRN sienta una doctrina muy exigente para asegurar la eficacia de la desheredación:

- La declaración de desheredación ha de ser expresa y determinada, en cuanto a causa y en cuanto a identificación de los desheredados.
- La expresión de la causa legal, ha de ser una de las tipificadas por la ley y ha de ser anterior al otorgamiento del testamento, si bien la expresión de la causa puede hacerse, bien por referencia a la norma que la tipifica, bien mediante la imputación de la conducta tipificada.

La experiencia práctica demuestra dos maneras de afrontar la difícil decisión de desheredar: los testadores que prefieren detallar lo ocurrido

y ello puede ayudar a la eficacia de la desheredación dificultando al desheredado su impugnación, o quienes, padres al fin, se sienten incapaces para dejar por escrito en un testamento abiertas ofensas importantes, sintiéndose aliviados muchas veces con la expresión de las causas genéricas del Código civil.

También puede ser útil recoger en un acta notarial posterior al testamento una relación de los hechos, con pruebas o incluso testimonios que solo vería la luz si se impugna la desheredación.

6. La posterior convivencia conjunta del testador con el desheredado no implica forzosamente la existencia de una reconciliación, que conforme al artículo 856 del Código civil deje sin efecto la desheredación realizada. Expresamente se reconoce en la sentencia del Tribunal Supremo 267/2019, de 13 de mayo, que mantuvo la exclusión legitimaria respecto de uno de los hijos de la testadora que había residido con ella después de la redacción del testamento, por quedar acreditado «que residió en casa de su madre durante sus últimos meses de su vida por razones económicas y no de cuidados y asistencia para con su madre»¹².
7. El maltrato psicológico no es causa de indignidad sucesoria conforme al artículo 756.7 del Código civil, precepto que establece que «son incapaces de suceder por causa de indignidad: tratándose de la sucesión de personas con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil».

La Sentencia del Tribunal Supremo 384/2019, de 2 de julio (Ponente: BAE-NA RUIZ), afirma que «Ante todo se ha de huir de confundir la indignidad para suceder, cuyas causas prevé el artículo 756 del Código civil, de la desheredación (arts. 848 a 857 CC). Coinciden en que a alguien se le va a privar de la sucesión del causante, pero no en sus presupuestos y formas». En este sentido, en la doctrina REPRESA (2020:95) afirma que el Código civil regula dos instituciones distintas cuyo fin es sancionar la conducta reprochable que haya podido cometer una persona respecto al causante de una herencia en la tuviera algún derecho hereditario. Ambas instituciones: desheredación e indignidad representan una sanción civil cuya naturaleza es similar; sin embargo, las causas, los efectos y el juego de la autonomía de la voluntad en uno y otro caso son diferentes. La indignidad regulada en el artículo 756 del Código civil, constituye una incapacidad relativa que permite excluir de la herencia de una persona a quien haya realizado en relación a él una de las conductas tipificadas en dicha norma¹³. Por su parte la desheredación representa en sede de sucesión forzosa, la máxima expresión de la autonomía de la voluntad del sujeto, que permite al testador privar de la legítima al heredero forzoso cuando concurra alguna de las causas previstas a tal fin. Voluntad que aunque suprema, no puede ser arbitraria, debe por tanto ser tomada en cuenta solo en los supuestos que establece la ley, debido a que nos encontramos ante una sanción y esta debe aplicarse de acuerdo con el principio de tipicidad (REPRESA 2020:96).

Los hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso de casación en la sentencia del Tribunal Supremo 384/2019 son los que se exponen a continuación:

1. Se presentó demanda por una madre y sus tres hijas solicitando la nulidad de la cláusula de desheredación de la primera y subsidiariamente que se declararan herederas forzosas a las tres hijas. La demanda se dirige frente al instituido heredero por los fallecidos, padres y abuelos respectivamente de las demandantes.
2. La sentencia dictada en primera instancia estimó parcialmente la demanda, en el sentido de mantener la validez de la cláusula de desheredación de la hija con fundamento en el artículo 853 del Código civil, por abandono y maltrato de obra o injurias graves de palabra, que la sentencia considera acreditadas, pero entiende que procede nombrar herederas en sustitución de su madre a las tres nietas que no fueron desheredadas, entendiéndose que pese a la inmoralidad de la conducta, no concurre causa de indignidad para suceder de las tasadas en la norma.
3. La representación procesal del demandado interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia. Conoció de él la Audiencia Provincial de Albacete, que dictó Sentencia el 1 de febrero de 2017, por la que desestimó el recurso de apelación.
4. Para la sentencia de la Audiencia: Son hechos acreditados y no discutidos en esta alzada, además de los que dieron lugar a la desheredación de D.^a Milagros, abandono y desatención total de sus padres e injuria grave y reiterada de palabra a los mismos, que sus hijas Irene, Susana y Teresa cortaron toda relación con sus abuelos a partir del año 2004, a resultados de una discusión que su madre había tenido con ellos. Desde entonces no volvieron a tener comunicación o contacto con D. Benito y D.^a Irene y no se preocuparon en absoluto de los mismos hasta el punto, de que como su madre, tomaron conocimiento de la muerte de cada uno de ellos mucho después de haberse producido respectivamente en diciembre de 2005, la de D. Benito y agosto de 2011, la de D.^a Irene. También es un hecho acreditado que D. Benito y D.^a Irene eran dos personas dependientes, no ya en el momento de su muerte, sino también con anterioridad, situación de dependencia que si bien fue declarada expresamente con respecto a D.^a Irene en 2009, ya se da en ambos en el año 2000 en que contaban con 79 y 78 años. Precisaban ayuda para la casa, higiene personal, etc. Teniendo distintas limitaciones por razón de la edad y que culminaron con el ingreso de ambos en un residencia de ancianos en el año 2005. A partir de esos hechos la Audiencia afirma no tener duda alguna de que esa conducta de abandono emocional y/o maltrato psicológico a sus abuelos que resultaban del hecho de que Irene, Susana y Teresa cortaran de modo definitivo toda relación con ellos hubiera podido justificar la desheredación de las mismas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 853.2 del Código civil, con amparo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencia de 30 de enero de 2015. No obstante, por reprochable que resulte la conducta de las nietas, y por tal la tiene, no puede considerarse por más que se haga una interpretación extensiva del término, como una negación de alimentos, que es la causa de indignidad que contempla el invocado artículo 756.7 del Código civil. En apoyo de esa afirmación razona que, muestra de ello, es el hecho de que el artículo 853 del Código civil contempla la negación de alimentos

y el maltrato de obra o palabra, en el que la jurisprudencia integra el emocional o psicológico, como causas diferentes de desheredación en sus núm. 1 y 2.

No aparece probado, concluye la Audiencia, que los causantes hubiesen tenido tales necesidades ni que las hubiesen demandado, y por ello desestima el recurso. Hasta aquí la *ratio decidendi* de la sentencia, si bien, como refuerzo de su decisión añade que los causantes al otorgar testamento y desheredar a la hija pudieron desheredar a las nietas y sin embargo, no lo hicieron, de lo que colige que si obraron así sería porque no quisieron hacerlo.

5. La representación procesal del demandado interpone recurso de casación por interés casacional. Se formula por infracción del artículo 756.7 del Código civil, al entender como la tal la interpretación errónea que hace del precepto en oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues la interpretación ha de ser flexible conforme a la realidad social del tiempo presente y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma. Para la parte recurrente toda vez que se aceptan los hechos y circunstancias que la sentencia recurrida tiene por probados, concurren los mismos motivos en la hija desheredada que en sus nietas, por lo que entiende que está justificada la desheredación en aquella y debe estar la de indignidad para suceder en estas, y cita como sentencias de contraste las núm. 258/2014, 59/2015 y 422/2015.
6. *Se pretende por la parte recurrente que la Sala interprete la causa 7.ª de indignidad para suceder del artículo 756 del Código civil de manera flexible conforme a la realidad del tiempo presente y de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma. Persigue que en la citada causa se incluya el maltrato psicológico por el abandono efectivo y personal de las nietas respecto de sus abuelos maternos.*
7. La interrogante que plantea la parte recurrente y que también se planteó el tribunal de apelación, es si lo decidido por el Tribunal Supremo para la desheredación (Sentencias 258/2014 y 59/2015) respecto de la interpretación del maltrato de obra, incluyendo en él el maltrato psicológico o emocional, es susceptible de ser trasladado a la causa 7.ª del artículo 756 del Código civil, incluyendo en «las atenciones debidas» obligaciones personales de cuidado, seguimiento y relación emocional y no solo las patrimoniales de los artículos 142 y 146 del Código civil¹⁴.
8. La sentencia recurrida no desconoce la doctrina de la Sala, pero entiende que lo mantenido por ella para el maltrato de obra como causa de desheredación, integrando en él el maltrato psicológico y emocional, no puede trasladarse a la causa de incapacidad para suceder por indignidad que es objeto de debate.
La realidad social, cultural y los valores del momento no son otros que lo que contempla la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre protección patrimonial de personas con discapacidad, esto es, en respuesta a una demanda social de los valores del momento respecto de estas personas. Por tanto, para acudir a la interpretación flexible de esta concreta causa no se pueden utilizar los motivos que proporcionaron la del maltrato de obra a efectos de desheredación.

Tal argumento se refuerza porque el artículo 756 del Código civil fue reformado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, en cuya ex-

posición de motivos se afirma que «se introduce, por considerarse necesario su adaptación a la nueva realidad social y desarrollo legislativo en el ámbito penal, una nueva regulación de las causas de indignidad para suceder». Si la reforma tiene incidencia en el abandono, hubiese sido ocasión propicia a los valores del momento incluir en las «atenciones debidas» (art. 756.7 CC) obligaciones de contenido personal. Nada de esto se hizo y como sostiene la sentencia recurrida ese maltrato psicológico o emocional no puede considerarse como una negación de alimentos, que es en lo que se concretan las atenciones debidas. No cabe confundir una y otra atención, lo que se colige del artículo 853 del Código civil, que contempla la negación de alimentos y el maltrato de obra, en el que jurisprudencialmente se integraría el emocional o psicológico, como causas diferentes de desheredación en sus números 1.º y 2.º.

9. Lo dicho no impide a que algún sector de la doctrina científica mantenga que en la causa 7.ª del artículo 756 del Código civil, se debería haber incluido el cuidado y atención personal de la persona con discapacidad. Es cierto que de conformidad con la doctrina de esta Sala esos incumplimientos, como maltrato psicológico o emocional podrían ser causa de desheredación, pero también lo es que para ello será preciso que la persona con discapacidad lo sea en un grado que le permita testar.
10. Por todo lo expuesto, se confirma la sentencia recurrida, cuya firmeza se declara y se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

El cumplimiento de estos requisitos, posibilita la desheredación en los casos más graves de maltrato psicológico y de maltrato emocional o abandono, pero en otras ocasiones no será suficientes, por lo que es necesario, como propone VAQUER ALOY (2020:1090), «un cambio de paradigma, poner el acento en la solidaridad entre generaciones —con carácter recíproco y no únicamente del causante hacia sus familiares más próximos— y la conducta de estos no deviene irrelevante en la sucesión, el derecho a suceder y la legítima no deben ser vistos como derechos naturales e indisponibles para el causante, sino como un elemento funcional dentro de la crisis del estado de bienestar que se ceba en las personas más vulnerables».

IV. LA AUSENCIA DE RELACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

La aprobación del libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, por Ley 10/2008, de 10 de julio, supuso un debilitamiento de la legítima respecto de su anterior regulación en el Código de sucesiones de 1991, al incorporar en el artículo 451-17.2e) como causa de desheredación: «La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario».

El legislador catalán que, según DE BARRÓN (2016:42) defiende el mantenimiento de la clásica institución romana de la legítima, opta junto a ello por buscar un punto de equilibrio entre los conceptos de libertad de testar, sucesión y protección de la familia. Se pretende enlazar con alguna justificación, por una parte el mantenimiento de la legítima y por otra, su evolución, en conso-

nancia con la de nuestra sociedad, todo ello sin ignorar lo que está ocurriendo en otros ordenamientos jurídicos. En efecto, el sistema legitimario y las causas de desheredación reguladas en el vigente Código civil catalán suponen un claro acercamiento a los sistemas de reconocimiento de derechos sucesorios basados en el comportamiento¹⁵.

La nueva causa para desheredar se enmarca en la tendencia general de debilitar el reconocimiento de la legítima, así como adaptarla al moderno significado de la familia, que enfatiza los vínculos afectivos sobre el parentesco en sentido estricto. El Preámbulo de la Ley 10/2008, ya recogía este aspecto afirmando que: «Con relación al desheredamiento, es destacable la adición de una nueva causa, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente»¹⁶.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia 2/2018, de 8 de enero, que aborda la impugnación de una desheredación testamentaria por falta de relación familiar, dijo que «... partiendo de la base de que la legítima —derecho de determinadas personas a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial— es una institución de derecho sucesorio fundada en la solidaridad intergeneracional en la familia (el art. 39.1 de la Constitución española insta a los poderes públicos a asegurar «...la protección social, económica y jurídica de la familia...»), y que la correlativa privación de este derecho debe fundarse en la concurrencia de una de las causas previstas en la ley demostrativas de un comportamiento contrario a los principios de respeto, asistencia recíproca y solidaridad que caracterizan la familia en sentido amplio (art. 451-17 CCCat), es natural que la causa hecha valer por un testador o heredando haya inexcusablemente de existir en el momento en que se formaliza la desheredación, por cuanto y en caso contrario estaríamos ante una declaración de voluntad ineficaz por falta de fundamento...».

Sobre la nueva causa de desheredación del artículo 451-17.2 e), se afirma en la Sentencia 149/2014, de 30 de abril, Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que su fundamento «obedece a la realidad social en la que muchos hijos carecen de relación con sus padres durante mucho tiempo y en la correlativa voluntad, observada en la práctica real al otorgar testamento, de padres que deseaban privar de su legítima a los hijos porque no ha habido relación con ellos y prefieren dar los bienes a otros familiares».

Respecto a los requisitos que deben concurrir establece: «En cuanto a la falta de relación la doctrina considera que para que exista esta ausencia de relación es necesario que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discurriendo sus vidas por caminos diferentes. Puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación. A tal efecto habrá que atender a las costumbres que existan y se prueben en el tiempo y en el lugar. La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, pero deberá ser significativo atendiendo a las circunstancias.

En segundo lugar la ausencia de relación debe ser continuada y manifiesta. Es decir sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal

por razones profesionales, educativas o de índole análoga. Asimismo esa falta de relación debe ser manifiesta, lo cual exige que se trate de una ausencia evidente y, por lo tanto, que sea conocida por terceras personas próximas al ambiente familiar de las partes.

En tercer lugar, la ausencia de relación debe ser imputable exclusivamente al legitimario. Esta imputabilidad del legitimario puede deberse a múltiples motivos. Es casi seguro que tanto una persona como otra pueden alegar múltiples motivos, más o menos justificados, pero en definitiva con el paso del tiempo lo que queda es el hecho de la falta de relación y es esta falta de relación la provoca la existencia de la posible causa de desheredación.

Ya hemos visto que en el Codi Civil de Cataluña se exige que la ausencia de relación sea siempre imputable exclusivamente al legitimario, lo que exige la prueba de esa imputabilidad que deberá acreditarse por medio de las pruebas admisibles en derecho».

Términos que se reproducen en la sentencia 267/2014, de 1 de octubre de la Audiencia Provincial de Girona, en la que se afirma que «de las pruebas practicadas, testimonios de las dos personas más cercanas al causante, ha quedado acreditado que desde el año 2008 en que el causante abandono el domicilio en que también vivía su hija no hubo más contacto entre el testador y la apelante desheredara, dejándose de ver, discurriendo sus vidas de forma separada, y que esta ausencia de relación es imputable a la actora lo que ha de conllevar a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia apelada [...]». También es apreciada esta causa de desheredación en la Sentencia 192/2016, de 19 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.^a, en la que se declara que la ausencia de relación familiar fue única y exclusivamente imputable al actor, que negó a su padre la posibilidad de que tuviera una relación sentimental después de enviduar por temor a que hiciera partícipe de la herencia a su nueva pareja.

Sin embargo, muchas resoluciones judiciales en el ordenamiento catalán no aprecian el abandono emocional como causas de desheredación¹⁷, incluso algunas reiteran la interpretación realizada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993 y de 4 de noviembre de 1997, es el caso de la Sentencia 28/2014, de 29 de enero, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, que señala expresamente: «la apreciación de la concurrencia de esta causa de desheredación supone una cierta discrecionalidad del juez, que en todo caso, ha de operar restrictivamente en aplicación del principio general de derecho *odiosa sunt restringenda* y porque, de otro modo se podría dar al traste con todo el sistema legitimario establecido a favor de los hijos. En el caso de autos no se ha acreditado el maltrato grave de palabra o de obra al causante, más allá de las constadas malas relaciones entre el causante y su hija plasmadas en el alejamiento de ambos, lo que no puede constituir causa de desheredación». En los mismos términos la Sentencia 164/2018, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 19.^a.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.^a, en su Sentencia 37/2014, de 13 de febrero, resuelve un recurso de apelación interpuesto por la parte actora —hija desheredada— contra la sentencia de primera instancia que desestima la demanda de impugnación de desheredamiento. En este caso la Audiencia Provincial revoca la sentencia de primera instancia al considerar que en el caso de auto no puede hablarse de separación continuada y manifiesta, sino todo lo contrario, ya que el hecho de que la legitimaria dejara en alguna ocasión a su madre de forma maliciosa no puede considerarse estas ausencias como continuadas ni notorias.

«[...] este precepto ofrece dos aspectos esenciales para su aplicación que se contraen a:

1.º. Que la ausencia de relación familiar sea manifiesta y continuada, es decir que sea «conocida» y «no esporádica», lo que es igual a la práctica inexistencia de vínculos no solo afectivos sino de contacto físico y que estos sean «notorios» para todos los de su entorno.

2.º. Que esta ausencia sea «exclusivamente imputable al legitimario», en otras palabras que el causante no haya sido la causa de este alejamiento, que solo en aquellos supuestos más sangrantes pueda producirse en ocasiones, como los malos tratos, abusos, etc... Siendo, sin duda, muy difícil valorar otras circunstancias que quedan dentro de la intimidad familiar, como podían ser las diferencias ideológicas, de carácter, desavenencias, o de cualquier otra índole, que provoque la distancia entre los legitimarios y el causante.

En estos casos sin duda los tribunales habrán de basarse en pruebas, cuya carga, corresponde al heredero, conforme al artículo 217 de la LEC, cuanto menos suficientes e indiciarias de la inexistencia de vínculos, es decir, atendido el espíritu abierto de la causa, probar, siquiera, con indicios de razonabilidad y ponderación que se dan los dos requisitos antes citados.

Quizás el requisito menos difícil, si así se pone de manifiesto por los familiares próximos y amistades de ambas, es probar la inexistencia de relación familiar, pero que esta falta de relación sea solo imputable al legitimario-hijo, es más difícil de probar, salvo, como ha se ha expuesto, en aquellos supuestos fragantes y conocidos. En efecto mayor dificultad conlleva probar aquellos hechos, que en aquellos que dependen de los lazos familiares afectivos, que, no necesariamente han de ser imputados al legitimario. En el supuesto de autos no se ha probado ninguno de ellos.

Sería necesario o aconsejable que los fedatarios públicos, al otorgar testamento, invocando esta causa de desheredamiento, no se limitaran a citar literalmente la causa, sino que solicitaran al testador una mayor explicación o razonamiento a fin de evitar situaciones injustas, y facilitar la labor de convencimiento de la realidad de la ausencia imputable al legitimario.

Como ya se ha expuesto, en el supuesto de autos, no es suficiente que la causante se sintiera desatendida los últimos días de su vida, teniendo en cuenta que falleció muy poco tiempo después de otorgar el testamento (17 de agosto de 2010 - 27 de noviembre de 2010 respectivamente). En este aspecto, cabe añadir que, oída a la actora y la demandada resulta evidente que las relaciones entre la causante y su hija, hoy actora, no eran tan pacíficas como aparentaban frente a los demás, y que, en especial los últimos meses de su vida no estuvo presente, pese a sus razonamientos, conocedora de la grave enfermedad que padecía la madre, pero ello no se erige en causa suficiente de desheredamiento conforme a la dicción literal del precepto [...].».

Tampoco se aprecia en la Sentencia 536/2018, de 28 de septiembre, Sección 1.ª, de la Audiencia Provincial afirmando que «Admitir como prueba bastante de la culpa de la persona desheredada la explicación de la causante sería tanto como limitar la exigencia de prueba a que la testadora indicara los motivos que, a su entender, constituyen la causa de la falta de relación, y no parece que tal extremo resulte acorde con la jurisprudencia en la materia que tiende a exigir una prueba clara de la imputación al legitimario de la responsabilidad en la ausencia de relación familiar. En efecto, como venimos diciendo, la causa de desheredación analizada exige que la ausencia de relación familiar sea (i) manifiesta y

continuada, en definitiva, notoria para el entorno y no discontinua o esporádica, y, (ii) exclusivamente imputable al legitimario, en consecuencia, del todo ajena al causante; y este segundo requisito no resulta probado en modo alguno. En consecuencia, procede estimar el recurso de apelación y, con revocación de la sentencia de instancia, debe estimarse íntegramente la demanda de modo que procede acordar la falta de concurrencia de la causa de desheredación manifestada en el testamento; declarando injusta la desheredación y, dada la condición de legitimario del demandante, su derecho a percibir la legítima que por derecho le corresponde en la herencia de su madre». Ni en Sentencia 178/2019, de 10 de octubre, de la Sección 19.^a, de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el que se concluye que «aún el clima de desavenencia descrito, incluyendo la existencia de procedimientos civiles sobre intereses legítimos de ambas partes no implican los requisitos legales para considerar justa causa la desheredación operada por el testador con base en el artículo 451-17.2.e) y por ello al no acreditarse la certeza de la concurrencia de dicha causa de desheredación debe calificarse de injusta y en consecuencia a tenor de los artículos 451-20 y 451-21 CCCAT declarar injusta la causa de desheredación por no ser cierta la causa invocada en el testamento de 5 de diciembre de 2012 teniéndola por no puesta, ratificando de este modo la sentencia de instancia». En el supuesto contemplado en la Sentencia 168/2020, de 28 de septiembre, Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona lo que consta es que desde aproximadamente el año 2001 hasta su fallecimiento en el año 2015, las actoras dejaron de tener cualquier contacto con el causante, según han admitido ambas partes. Nunca lo visitaron, ni hicieron nada por reanudar la relación con su padre, a cuyo funeral ni siquiera asistieron. Pero tampoco el causante consta que hiciese nada por reanudar la relación con sus dos hijas. En definitiva, no hay prueba de que alguno de ellos intentase un acercamiento durante los catorce años en que permanecieron alejados, ni siquiera con ocasión de la muerte de una de las hijas, Fidela, o del fallecimiento del esposo de otra, la demandante, Doña Elisabeth. En conclusión, no ha quedado probado que la ausencia de relación fuese por causa exclusivamente imputable a las actoras, tal como previene el artículo 451.17.e) CCCat., por lo que al no concurrir la causa de desheredación, las actoras tienen derecho a la legítima (art. 451.3.1 CCCat.).

La Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Girona de 14 de mayo de 2015, en el que el inicio de la falta de relación tiene lugar como consecuencia de la ruptura familiar que se deriva del divorcio de los padres de las desheredadas, rechaza atribuir la responsabilidad de la ruptura a las legitimarias: «ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre testadora y sus nietas, a las cuales se les atribuye el mismo comportamiento que su padre, esto es, que desde el mes de octubre de 2007, no la han visitado, ni tampoco la han saludado, ni dirigido la palabra, ni tan solo cuando se han cruzado por la calle, o han coincidido en los Juzgados o en la Iglesia. Aceptamos plenamente la argumentación jurídica que da el juzgador respecto de esta causa de desheredación, especialmente en que la causa de desheredación sea imputable exclusivamente al legitimario, es claro que tal causa no está justificada, pues no puede imputarse a las nietas la falta de relación con su abuela, pues el momento en que se otorgó el testamento tenían una seis años y diez meses y la otra cinco años, por lo que difícilmente puede imputárseles la falta de relación familiar a ellas, en su caso, tal falta de relación sería imputable al padre, que impide que sus hijas se relacionen con su abuela y dado que las causas de desheredación deben interpretarse restrictivamente [...]»¹⁸. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 14.^a, 38/2020, de 18 de febrero, queda acreditado que «desde

julio de 2014 se produjo una ausencia manifiesta de relación entre la madre y su hija, cuya causa fue la negativa de esta a cuidar de su madre, de modo que tuvieron que ser los hermanos Mauricio y Martín quienes se hicieron cargo de la madre, comportamiento que justifica que esta desheredara a su hija Caridad. Ahora bien, no se considera probado que la desheredación sea justa respecto los nietos Leovigildo y Erica, que sustituirían por derecho de representación a su madre (art. 451-1- 3 y 451-2-3 del Codi Civil de Catalunya). Las pruebas practicadas justifican que la ausencia manifiesta y reiterada temporalmente desde que se produjo el evento determinante es imputable a la conducta de la madre, pero no al comportamiento de los nietos. La circunstancia de que los nietos vieran solo a la abuela por Navidad no justifica que la ausencia de relación fuera imputable respecto de ellos, por lo que suceden por derecho de representación por estirpes a su madre Doña Caridad, justamente desheredada, y, por lo tanto, al ocupar su posición tendrán derecho a la parte de legítima que les corresponda, que será el importe equivalente que hubiera correspondido a su madre».

Concluimos este apartado con las palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, 4/2017, de 2 de febrero, en las que recuerda que «la legítima, es una institución más frágil y endeble en la legislación catalana que en la del Código civil y la voluntad del testador resulta del todo primordial en el derecho sucesorio catalán. Ello viene reforzado por las modificaciones introducidas en el libro IV del CCCat en esta materia. Según hemos señalado, en el preámbulo ya se recuerda que se mantiene la legítima como atribución sucesoria legal y como límite a la libertad de testar, pero acentúa la tendencia a debilitarla y a restringir su reclamación. De este modo, no solo se modifica la redacción de alguna de las causas de desheredación recogidas antes en el Código de sucesiones (así la causa 451-17. 2 c), en la cual se suprime que el maltrato deba ser de obra y se amplía el ámbito subjetivo de los afectados: El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador) sino que se añade otra, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. El legislador, en el preámbulo del libro IV, ya constata la posibilidad de que la norma sea una fuente de litigios pero destaca frente a ese riesgo, el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente. Y es que, efectivamente, no puede olvidarse que el derecho a la legítima se basa en las relaciones familiares que se presumen presididas por el afecto y los vínculos de solidaridad. La legítima supone una limitación en el derecho a la libertad de testar para resguardar a las familias de los abusos de las actuaciones discriminatorias que fomenten desavenencias y pleitos entre los familiares. Sin embargo, cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley, es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales...».

V. CONCLUSIONES

I. El derecho a la legítima que tienen los hijos y descendientes se fundamenta en el derecho inherente a la propia filiación más que en las efectivas y

afectivas relaciones. Sin embargo, la unidad familiar ha cambiado y hoy no se corresponde con la realidad familiar que imperaba cuando se redactó el Código civil y la voluntad del testador puede ser otra que la que su herencia recaiga en sus descendientes; y una de las causas que le impulsen puede ser la inexistencia de relación o bien porque dicha relación esté deteriorada y prefiera disponer de sus bienes a favor de otras personas.

II. Entre las iniciativas que propugnan la revisión de la legítima, una de ellas es la tendente a que se extiendan y modernicen los casos legales de desheredación de los legitimarios, pues las actuales estructuras familiares propician e incluso no hacen extrañas situaciones en las que los progenitores han perdido contacto con alguno o todos sus hijos.

III. La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo supone un paso importante en el proceso de libertad de disposición de los bienes para después de la muerte, y su fundamentación no es ajena a la defensa del valor de la dignidad de la persona. Pero por muy justa que sea una sentencia, los problemas de fondo siguen ahí, y la normativa, al respecto anclada, en 1889. Por tanto el camino a seguir ante un problema jurídico surgido en la realidad social, como el que hemos planteado en este estudio, resuelto por los Tribunales por la vía de la interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen, es que el legislador aborde la reforma legislativa para su positivación. En este momento, falta, este último paso, y tampoco sabemos si en su caso, el legislador optará por una reforma en profundidad del Derecho de Sucesiones o de la institución de la desheredación.

IV. Mientras llega esta necesaria reforma, el concepto de maltrato de obra, constitutivo de causa de desheredación se encuentra en plena evolución a tenor de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales. Reclama incluso el Tribunal Supremo al legislador que aborde la reforma legislativa y a la espera de que ello ocurra, exige que en los testamentos con cláusula de desheredación por maltrato psicológico, la causa del abandono o maltrato psicológico sea imputable al desheredado y considera oportuno, por una parte, identificar debidamente al legitimario desheredado, quien debe tener capacidad e idoneidad para que le sea imputable la conducta que se censura por el testador, y por otra, advertir de las consecuencias que, en caso de impugnación de la desheredación, tendría la anulación de la cláusula, por no probarse la existencia del maltrato. En este supuesto, la voluntad del testador es ver reducido el derecho del injustamente desheredado a su legítima estricta.

V. No resulta equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que estas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales. Por todo ello, se debe dotar al causante vulnerable de una mayor y específica protección de la libertad de testar.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA PRIMERA DE LO CIVIL

- STS 675/1993, de 23 de junio (Ponente: BURGOS PÉREZ DE ANDRADE).
- STS 632/1995, 26 de junio (Ponente: CASARES CÓRDOBA).
- STS 258/2014, de 3 de junio (Ponente: ORDUÑA MORENO).
- STS 59/2015, de 30 de enero (Ponente: ORDUÑA MORENO).

- STS 401/2018, de 27 de junio (Ponente: PARRA LUCÁN).
- STS 104/2019, de 19 de febrero (Ponente: BAENA RUIZ).
- STS 267/2019, de 13 de mayo (Ponente: ORDUÑA MORENO).
- STS 384/2019, de 2 de julio (Ponente: BAENA RUIZ).
- STS 492/2019, de 25 de septiembre (Ponente: SALAS CARCELLER).

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

- STSJC 2/2018, de 8 de enero
- STSJC 4/2017, de 2 de febrero

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de A Coruña, Sección 5.^a, 99/2019, de 7 de marzo
- SAP de Barcelona, Sección 4.^a, de 9 de noviembre de 2020
- SAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 18 de septiembre de 2020
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 19 de junio de 2020
- SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 9 de febrero de 2020
- SAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 10 de octubre de 2019
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 28 de septiembre de 2018
- SAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 10 de abril de 2018
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 13 de julio de 2017
- SAP de Barcelona, Sección 19.^a, de 19 de mayo de 2016
- SAP de Barcelona, Sección 14.^a, de 30 de abril de 2014
- SAP de Barcelona, Sección 14, de 13 de febrero de 2014
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 29 de enero de 2014
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 15 de marzo de 2012
- SAP de Gijón, Sección 7.^a, 361/2020, de 14 de octubre
- SAP de Girona, Sección 2.^a, 14 de mayo de 2015
- SAP de Girona, Sección 2.^a, 1 de octubre de 2014
- SAP de Granada, Sección 3.^a, de 8 de octubre de 1996
- SAP de Madrid, Sección 13, 329/2020, de 22 de octubre
- SAP de Madrid, Sección 25, 235/2020, de 18 de junio
- SAP de Madrid, Sección 18, 183/2020, de 26 de mayo
- SAP de Madrid, Sección 14, 50/2020, de 27 de febrero
- SAP de Madrid 135/2019, de 7 de junio
- SAP de Madrid, Sección 12, 316/2018, de 17 de septiembre
- SAP de Málaga, Sección 5.^a, 5/2016, de 8 de enero
- SAP de Málaga, Sección 5.^a, 208/2015, de 21 de abril
- SAP de Málaga, Sección 5.^a, 429/2014, de 14 de octubre
- SAP de Málaga, Sección 5.^a, 130/2011, de 30 de marzo
- SAP de Murcia 1125/2019, de 27 de junio
- SAP de Oviedo, Sección 5.^a, 106/2017 de 15 de marzo
- SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, 131/2019, de 27 de marzo

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 1 de junio de 2017.

- RDGRN de 25 de mayo de 2017.
- RDGRN de 6 de mayo de 2016.
- RDGRN de 23 de mayo de 2012.
- RDGRN de 6 de marzo de 2012.
- RDGRN de 29 de septiembre de 2010.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2004). Comentarios al artículo 756 del Código civil, en *Comentarios al Código civil* (Dir. Por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart. Madrid: Edersa).
- ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *InDret*, vol. 2, abril.
- (2002). *Efectos de la desheredación*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E. (2015). Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales? *InDret*, vol. 2, abril.
- BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2016). Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero, 289-302.
- (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril, 473-519.
- BARRÓN ARNICHEs, P. de (2016). Libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles. *InDret*, vol. 4, octubre.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, marzo, 928-952.
- CARRAU CARBONELL, J.M.^a. (2015). La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2, abril-junio, 249-256.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2020). Imposibilidad de los abuelos de ver y mantener relaciones con sus nietos: supuesto de maltrato psicológico y causa de desheredación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, julio, 2283-2297.
- GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, L. (2016). El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, mayo, 1609-1629.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2015). Desheredación por maltrato psicológico. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil, Sección 1.^a) de 3 de junio de 2015 (*RJ* 2014, 3900), *CCJC*, núm. 97.
- GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. (2019). La ausencia de relación familiar como causa de desheredación de los descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 775, septiembre, 2603-2624.
- HIJAS CID, E. (2020). Repercusiones del maltrato psicológico en la desheredación un lustro después. *El Notario del siglo XXI*, núm. 89, enero-febrero.
- (2015). Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones, *El Notario del siglo XXI*, núm. 64, noviembre-diciembre.

- IMRSERO (2016). *Las personas mayores en España*. Disponible en: https://www.imrserso.es/InterPresent1/groups/imrserso/documents/binario/112017001_informe-2016-persona.pdf
- JORDANO FRAGA, F. (2004). Algunos aspectos del régimen de indignidad sucesoria en relación a la legítima dentro del Código civil. *Homenaje al profesor Manuel Albaladejo*. T. I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Servicio de »Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea, en *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 363-383.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del M. (2016). La exclusión del hijo en la herencia del testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, julio, 1847-1884.
- PÉREZ ARROYO, O. (2018). El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: Una aproximación jurídica, mediática y de interés humano. *Derecom, La Revista Internacional Online de Derecho de la Comunicación*, núm. 24, marzo-septiembre, 97-121.
- PERIS RIVERA, A.L. (2016). Desheredación: una visión comparada. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero, 329-348.
- REPRESA POLO, M.P. (2020). Indignidad y desheredación: Sanciones civiles en el orden sucesorio (Al hilo de la sentencia del Tribunal supremo 2 de julio de 2019). *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, mayo-junio, 93-112.
- (2016). *La desheredación en el Código civil*. Madrid: Reus.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (2004). Comentario al artículo 856, en *Comentarios al Código civil*, Tomo XI, Madrid: Edersa.
- VAQUER ALOY, N. (2020). El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fasc. III, 1067-1095.

NOTAS

¹ Noticia publicada en el periódico *El País*, el 7 de noviembre de 2020. El 13 de diciembre de 2020, en el *Diario Sur*, se publica «Los abuelos solos recurren al notario». Rafael SAAVEDRA, 70 años acaba de desheredar a sus dos hijas. Lo ha hecho en el marco de la pandemia, harto de que todos sus intentos por restaurar la relación rota hace 21 años al divorciarse de su madre, se demostrasen infructuosos. Incluso hay una nieta por ahí a la que no conoce. Tomó la decisión «porque les doy igual, sabiendo como saben lo que estoy pasando, con un 43% de discapacidad», sufre una enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC) y diabetes, lo que le convierte en grupo de riesgo para el Covid-19.

En el País Vasco, desde el Observatorio del Mayor destacan las facilidades para realizar los trámites sin necesidad de ir a juicio.

Las consultas por testamentos, incluyendo los desheredamientos han experimentado un crecimiento generalizado en todas las ciudades, llegando en Málaga a alcanzar la cifra del 58% y en Palma de Mallorca hasta el 74%.

El País ya había publicado el 15 de julio de 2018 que «Barcelona detecta más de 400 casos de maltrato a anciano en 2017. La Diputación apunta a que el maltrato psicológico y económico por parte de los hijos a sus madres es el perfil más común», y anteriormente

12 de diciembre de 2015, informaba que «10.500 ancianos catalanes han recibido maltrato de sus familiares». Vid. Imserso Informe 2016 «Las personas mayores en España».

² Ya en 2004 BARCELÓ DOMÈNECH escribió sobre la desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias de palabra y al repasar el estado de la cuestión desde sus antecedentes históricos llevó a cabo una dura crítica a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de junio de 1993 que impedía analizar si la falta de relación afectiva y comunicación y el abandono sentimental podían constituir un maltrato psicológico en la causa de desheredación del artículo 853.2.^a del Código civil. La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril, 473-519. Vid. ALGABA ROS (2002), *Efectos de la desheredación*. Valencia: Tirant lo Blanch.

³ Términos que se reproducen literalmente en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 8 de octubre de 1996, que tampoco considera constitutiva de causa legal de desheredación la falta de relación afectiva y de comunicación entre los hijos y el causante, así como el abandono sentimental sufrido por este. La Audiencia Provincial de Asturias, en Sentencia de 7 de noviembre de 2003, y para el supuesto de testamento realizado por Vicente en 1998 en el que deshereda a sus dos hijas por la causa segunda del artículo 853: injurias graves de palabra o maltrato de obra, reitera que «la desheredación por su carácter sancionador es, absolutamente restrictiva en la interpretación [...]. Las demás cuestiones, referidas a la falta de relación afectiva, se enumera en la situación de ruptura de afecto y relación entre las hijas y el padre, cuya razón de ser es extraña a toda valoración jurídica que tan solo ha de contemplar la existencia de la causa alegada en el testamento, sin entrar en consideraciones de índole moral. [...] Por ello, al no poder extenderse su aplicación a casos no previstos en la ley taxativa, demostrar la causa de desheredación referenciada por la parte a quien incumbe hacerlo, es llano que su pretensión no puede prosperar al no tenerse en consideración presupuestos extraños al propio de la desheredación, por cuanto, por un lado quebraría el criterio restrictivo jurisprudencial mentado mientras, por otro, supondría eliminar el sistema de legítimas establecido a favor de los herederos forzosos». Vid. GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, L. (2016). El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 755, 1609 a 1629.

⁴ A favor de que el maltrato al causante vulnerable sea considerado una nueva causa de indignidad sucesoria VAQUER ALOY (2020). Vid. PÉREZ ARROYO, O. (2018). El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: Una aproximación jurídica, mediática y de interés humano. *Derecom*, núm. 24, marzo-septiembre, 103. BERROCAL LANZAROT, A.I. (2055). El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 928 a 952. MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a M. (2016). La exclusión del hijo en la herencia del testador (Una visión actualizada de la desheredación en el Código civil). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 756, 1847 a 1884.

⁵ Vid. GONZÁLEZ CARRASCO, M.C. (2015). Desheredación por maltrato psicológico. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900), *CCJC*, núm. 97, 282.

⁶ La sentencia dictada en primera instancia descarta variación en la solvencia del obligado al pago y descarta falta de aprovechamiento en los estudios por no haber existido por parte de los hijos, Hilario de 25 años de edad, ni de Miriam de 20 años de edad, desidia en la dedicación a sus respectivas formaciones, y considera que procede la extinción de la pensión alimenticia, declarando probado el total desapego de los hijos con el padre con el que no hablan y al que no ven, desde hace 10 y 8 años sin interés alguno en hacerlo. Literalmente se afirma: «Siendo la negativa a relacionarse con el padre una decisión libre que parte de los hijos mayores de edad y habiéndose consolidado tal situación de hecho en virtud de la cual el padre ha de asumir el pago de unos alimentos sin frecuentar trato con los beneficiarios, ni conocer la evolución de sus estudios, se considera impropio que subsista la pensión a favor de los alimentistas por cuanto se estaría propiciando una suerte de enriquecimiento injusto a costa de un padre al que han alejado de sus vidas». En definitiva, la mayoría de edad de los hijos y su manifiesto y continuado rechazo a su padre puede y

debe calificarse como una alteración de las circunstancias de verdadera trascendencia por sus repercusiones en el ámbito personal de los implicados, siendo además una situación duradera y no coyuntural o transitoria, que puede ser imputable a los alimentistas, sin que ello reste responsabilidades al padre por su falta de habilidades, ya que ha acaecido con posterioridad al momento en que se adoptó la medida cuya modificación se pretende».

⁷ Vid. HIJAS CID, (2015). Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones, *El Notario de siglo XXI*, núm. 64, noviembre-diciembre.

⁸ «La gota que ha colmado el vaso ha sido el confinamiento. Sufrir la soledad y ver que sus hijos no les han llamado ni se han preocupado por ellos ni un solo día para comprobar siquiera si estaban bien o si necesitaban algo», explica Marcelo Cornellá, presidente de la Asociación Cultural de Mayores de Fuenlabrada (ACUMAFU), una organización que desde hace cuatro años acompaña a las personas mayores que lo desean en los trámites para poder desheredar a sus descendientes.

Hasta el año pasado esta asociación recibía una media de 45 solicitudes mensuales de información para poder desheredar. Desde marzo atienden una media de 220 consultas al mes, un incremento del 490% que ACUMAFU atribuye directamente a la pandemia.

«Esos son los casos que nos llegan a nosotros, pero podemos estar hablando de miles de personas más que acuden directamente a sus abogados o notarios de confianza», señala el presidente de esta asociación.

Las dificultades para probar las causas de la desherencia y los trámites necesarios para acreditarlo provocan que en muchas ocasiones se trate de un proceso legal demasiado complejo. De hecho, según los cálculos de ACUMAFU, solo un 18% de las personas interesadas en desheredar a sus descendientes lo acaba logrando. https://www.65ymas.com/sociedad/aumentan-consultas-abuelos-desheredar-hijos-nietos-confinamiento_18293_102.html

⁹ Vid. HIJAS CID (2020).

¹⁰ Pruebas practicadas por los medios que los herederos puedan conseguir entre los existentes en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentalmente el interrogatorio de partes y de testigos.

¹¹ La RDGRN de 23 de mayo de 2012, en una partición hecha en base a un testamento que contiene desheredación de los hijos, exige en la escritura la expresión de la causa y la identificación concreta de los desheredados, no siendo necesaria acta de notoriedad, pero debiendo aportar el otorgante los datos personales para que se pueda inferir la aptitud genérica de dichos descendientes para ser desheredados. Se exige que de todos los datos aportados en la escritura resulte, en principio, que los otorgantes son los únicos interesados en la sucesión. Habrá que constar por tanto la edad del desheredado y la identificación de sus descendientes, pues, si el desheredado tiene hijos, se aplicará el artículo 857 del Código civil, y estos deberían concurrir al otorgamiento de la escritura, y tal y como afirmó la RDGRN de 6 de marzo de 2012. Problema diferente es como se acredita la existencia de hijos del desheredado. La Resolución de la DGRN de 29 de septiembre de 2010 entendió que no era necesaria un acta de notoriedad semejante a la del artículo 82 del Reglamento Hipotecario, sino que bastaba la manifestación de los herederos, que no tienen por qué probar la inexistencia de otros herederos forzosos.

¹² Dispone el artículo 856 del Código civil que «la reconciliación posterior del ofensor y el ofendido priva a este del derecho a desheredar y deja sin efecto la desheredación ya hecha. Asegura VALLET DE GOYTISOLO (2004) que no hay ninguna duda de que la reconciliación es una conducta bilateral de ofensor y ofendido y que es una declaración de voluntad bilateral y recíproca de tipo social o familiar, manifestada a través del restablecimiento de las relaciones normales que corresponden al tipo de parentesco que medie entre legitimario ofensor y ofendido. Vid. REPRESA POLO (2016: 249-253).

¹³ Vid. LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA (1988:84); JORDANO FRAGA (2004:2559); ALBALADEJO GARCÍA (1986:239).

¹⁴ La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, modificadora del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, introdujo bajo el núm. 7 una nueva causa de indignidad con el siguiente texto: «Tratándose de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia

que no hubieran prestado las atenciones debidas, entendiendo por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código civil». Lo que haya de entenderse por alimentos lo determina el artículo 142 Código civil. Integra su contenido el sustento, la habitación, el vestido, la asistencia médica, la educación e instrucción y el embarazo y parto. De la lectura del precepto se deduce y así lo sostiene la doctrina científica, que las atenciones debidas a que hace mención el artículo 756.7 son exclusivamente de carácter patrimonial, esto es, que el contenido de la obligación alimenticia es estrictamente económico y, por ende, desligado de toda obligación de carácter personal, como sería el cuidado de la persona del alimentado.

¹⁵ En este contexto cita como algunos sistemas norteamericanos como el de Oregón y el de California han llevado hasta el extremo este planteamiento y consideran premuerto, y que por tanto pierde todo derecho hereditario, al descendiente que actúe maliciosamente contra su causante, o ejerza sobre él una influencia indebida, o abuse de su situación de ancianidad o dependencia, DE BARRÓN ARNICHES (2016:42). El análisis de los países que han reformado en los últimos tiempos su derecho de sucesiones para afrontar la cuestión del abuso del causante vulnerable, en VAQUER ALOY (2020: 1081-1084). *Vid.* PERIS RIBERA (2016: 329-348), trabajo en el que se realiza un análisis comparativo sobre la desheredación en distintos ordenamientos jurídicos.

¹⁶ En la doctrina catalana la opinión recelosa respecto de la nueva causa de desheredación es manifestada por ARROYO y FARNÓS (2015:22), afirmando que «la necesidad de incrementar la libertad de testar exige derogar la legítima y allanar el camino hacia la conversión en un derecho de alimentos. Cualquier intento de debilitarla mediante la actualización de las causas de desheredación genera más problemas que los que pretende solucionar. La sociedad española, y en particular, la catalana, deben ser conscientes de que la liberalización de las causas de desheredación, dando paso a cláusulas abiertas y más flexibles, no solo incrementa la litigiosidad, sino que tampoco se traduce necesariamente en resultados más equitativos».

¹⁷ Según ARROYO y FARNÓS (2015:19), desde la promulgación del Libro IV del Código civil de Cataluña y hasta el momento de finalizar su artículo en el mes de diciembre de 2014, solo tres sentencias discuten la causa concreta de desheredación del artículo 451-17.2 letra e, y esta se admite únicamente en un caso. Sin embargo en la actualidad son numerosas las sentencias que se han pronunciado al respecto.

¹⁸ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de marzo de 2012, considera que la ausencia de relación sí es imputable al hijo mayor de edad porque, a pesar de los numerosos intentos del padre por mantener la relación, resulta que el hijo muestra «un total desapego y desprecio por la figura paterna, entre otras cosas se había cambiado los apellidos. La Audiencia estima que la negativa del hijo a mantener el trato con su padre no estaba justificada, por lo que el causante adquiere libertad de privar de la legítima».

1.5. Obligaciones y Contratos

Efectos de la fianza entre el fiador y el acreedor

Effects of the guarantee holds between the guarantor and the creditor

por

FRANCISCO MILLÁN SALAS
*Profesor contratado Doctor de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de los efectos de la fianza en la relación del fiador con el acreedor. Cuando el acreedor se dirige al deudor para el cumplimiento de la obligación principal y el deudor la incumple, el acreedor ha de dirigirse al fiador para que cumpla por el deudor; ante esta reclamación, el fiador tiene, por una parte, el beneficio de excusión, de forma que puede eludir el cumplimiento de la obligación hasta que el acreedor no haya perseguido los bienes del deudor que el fiador ha designado; y, por otra, tiene el beneficio de división, en caso de cofianza, por el cual el fiador puede dividir el pago de la deuda cuando el acreedor le reclama la totalidad de la misma o una cantidad mayor de la que le corresponde. Se analizan, de uno y otro beneficio, los antecedentes, los conceptos, los requisitos para su ejercicio, las causas por las que no tienen lugar, así como sus efectos.

ABSTRACT: *This work analyses the legal effects of the guarantee and the relation between guarantor and creditor. When the creditor requires the debtor to comply with a existing legal obligation and the debtor fails, the creditor alternatively addresses the guarantor to comply with the debt obligations. Upon request, the guarantor can firstly invoke the right to object, through delaying or preventing the fulfillment of payment until the creditor has compensated debts from the debtor's assets designated by the guarantor; on the other hand, the guarantor can oppose the benefit of división in cases of joint guarantee, whereby the guarantor can split the payment due when the creditor claims the full debt or a greater amount than it is entitled to. Backgrounds, main concepts, legal requirements, exception clauses and legal effects are analysed here in detail.*

PALABRAS CLAVE: Fianza. Acreedor. Fiador. Deudor. Beneficio de excusión. Beneficio de división. Cofianza.

KEY WORDS: *Guarantee. Creditor. Guarantor. Debtor. Righth to object. Benefit of división. Joint guarantee.*

SUMARIO: I. CONCEPTO DE FIANZA.—II. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR.—III. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR: 1. INTRODUCCIÓN. 2. BENEFICIO DE EXCUSIÓN. A) *Antecedentes del beneficio de excusión.* B) *Concepto de beneficio de excusión.* C) *Fundamento.* D) *Requisitos de eficacia del beneficio de excusión:* a) Que el fiador oponga el beneficio de excusión al acreedor luego le requiera para el pago. b) Que señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda. E) *Efectos.* F) *Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de excusión:* a) Renuncia del fiador al beneficio de excusión. b) Cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor. c) En el caso de quiebra o concurso del deudor. d) Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino. e) En la fianza mercantil. f) En la fianza judicial. G) *El beneficio de excusión en la subfianza.* 3. BENEFICIO DE DIVISIÓN. A) *Antecedentes históricos.* B) *Concepto y naturaleza de la cofianza.* C) *Configuración de la cofianza en el Código civil.* D) *Regulación del beneficio de división en el Código civil.* E) *Forma de ejercerse el beneficio de división.* F) *Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de división:* a) Renuncia del cofiador al beneficio de división. b) Que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor. c) Quiebra o concurso del cofiador. d) Cuando el cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino. e) En la fianza judicial. G) *Consecuencias del cese del beneficio de división.*—IV. CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTO DE FIANZA

La fianza se define como una garantía por la que una tercera persona, fiador, se compromete cumplir una obligación principal, cuando el deudor no la cumple. Se trata de una garantía personal por cuanto el fiador se compromete a cumplir la obligación que el deudor principal tiene con el acreedor.

El artículo 1822 del Código civil establece que «Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este».

La STS de 12 de noviembre de 2020, sostiene que «Aun cuando la fianza puede tener un origen convencional, legal o judicial, en todo caso se trata, en el sentido empleado en el citado artículo, de una institución de garantía de naturaleza personal. Como pusimos de manifiesto en la Sentencia 56/2020, de 27 de enero, esa función de garantía del cumplimiento de una obligación ajena se cumple mediante la constitución de un nuevo vínculo obligatorio, distinto aunque accesorio de la obligación principal, que está dotado de contenido propio, y que cuenta con su propia y específica causa de garantía, sometiendo al patrimonio del fiador a la eventual acción ejecutiva del acreedor en caso de que el deudor principal, garantizado, no cumpla su obligación. En este sentido se ha afirmado que el fiador no es deudor de la obligación garantizada, sino de la suya propia (aunque subordinada al interés del acreedor en obtener la satisfacción de la prestación debida por el obligado principal), lo que excluye la posibilidad de entender que exista una única relación obligatoria con dos deudores (el obligado principal y el fiador)».

Para GUILARTE ZAPATERO la fianza es «una garantía de la obligación ajena, mediante la que se trata de asegurar la satisfacción del interés perseguido por el acreedor de la obligación principal al constituir esta»¹. Para CASTÁN, «en sentido estricto y técnico, la fianza es la garantía personal que se constituye asumiendo un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de la obligación, si no

cumple el deudor principal»². Para DÍEZ PICAZO «En sentido estricto y técnico, la fianza es un tipo especial de garantía que se produce cuando un tercero se compromete a ejecutar la prestación debida por el deudor al acreedor. El fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena, obligándose personalmente respecto del acreedor»³. Para LASARTE ÁLVAREZ, «la fianza es la garantía personal que se constituye al asumir un tercero el compromiso de responder del cumplimiento de una obligación si no la cumple el deudor principal, extendiendo la responsabilidad a su propio patrimonio»⁴.

Sin embargo, una parte de la doctrina no considera a la fianza como una garantía personal sino como garantía real, en este sentido AMORÓS GUARDIO-LA la define como una garantía real u objetiva, en la que la garantía se obtiene ampliando la responsabilidad del patrimonio del deudor con un nuevo objeto que queda especialmente vinculado al cumplimiento en cuanto la fianza supone la afección de un patrimonio sucesiva y accesoriamente⁵.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR

Las características de la obligación del fiador son, por una parte, la accesoriedad, y, por otra, la subsidiariedad.

En cuanto a la accesoriedad de la obligación, al ser la fianza una obligación de garantía no puede entenderse si no existe una obligación principal (STS de 25 de febrero de 1958). Esta accesoriedad de la obligación del fiador tiene sus manifestaciones en el Código civil en el artículo 1824.1 «La fianza no puede existir sin una obligación válida»; en el artículo 1826 «El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor»; en el artículo 1828 al establecer que el fiador se entenderá sometido a la jurisdicción del juez del lugar donde la obligación que garantiza deba cumplirse; en el artículo 1847 «La obligación del fiador se extingue al mismo que la del deudor; y en relación a la transmisión de la fianza, esta se transmite con la obligación que garantiza, así, el artículo 1212: La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, y contra el deudor ya contra los fiadores, o el artículo 1528: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza...».

La STS de 12 de noviembre de 2020, sostiene que de la configuración de la fianza «surgen las dos notas que caracterizan principalmente la fianza: la accesoriedad y la subsidiariedad. La primera responde a la existencia de una dependencia funcional de la obligación accesorio respecto de la principal (por razón de la finalidad de garantía de aquella), de forma que si bien dichos vínculos obligacionales nacen y subsisten sin llegar a confundirse, identificarse o reducirse en un único vínculo, sí determina su participación o integración en una relación contractual o negocial compleja por la interdependencia causal existente entre la obligación principal y la garantía fideiusoria, dada la accesoriedad de esta respecto de aquella».

Como mantiene GULLÓN BALLESTEROS «La accesoriedad es una cualidad derivada necesariamente de la finalidad de la fianza, que es la de garantizar una deuda ajena; sin su existencia no es concebible obviamente la garantía. Esta garantía personal que significa la fianza se sustancia en que el acreedor ve reforzado su poder de exigir, pues puede dirigirse no solo contra su deudor sino contra otra persona más»⁶.

Sobre la característica de la subsidiariedad se discute por parte de la doctrina si se trata o no de una característica esencial de la fianza. Al respecto hay varias posiciones:

Una primera posición es la que considera que la subsidiariedad caracteriza a la fianza, que se trata de una característica normal de la fianza, pero no es esencial de la misma. Para esta posición, la subsidiariedad supone que el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, siendo consecuencia de la subsidiariedad el beneficio de excusión del fiador. La subsidiariedad no es característica esencial de la fianza ya que el fiador puede obligarse solidariamente con el deudor, en cuyo caso desaparece el beneficio de excusión y puede el acreedor dirigir la reclamación, desde luego, contra el fiador⁷. En este sentido la STS de 25 de febrero de 1958 sostiene que la subsidiariedad en la fianza no tiene en nuestro Derecho otra representación que la del beneficio de excusión de bienes o de orden concedido al fiador que se consagra en el artículo 1830 del Código civil.

Para ALVENTOSA DEL RÍO, partidaria de esta posición, hay que distinguir entre fianza subsidiaria y fianza solidaria. La fianza es subsidiaria cuando el fiador asume la obligación de garantía de modo que solo responderá del cumplimiento de la obligación principal cuando se haya producido el incumplimiento de la misma por el deudor. La fianza es solidaria cuando el fiador asume la obligación de garantía de modo que responde del cumplimiento de la obligación principal cuando se haya producido el vencimiento de la misma, sin necesidad de que el deudor haya incumplido esta. La subsidiariedad como la solidaridad significan en la fianza dos modos, distintos, de asumir el fiador la obligación de garantía. La subsidiariedad sería únicamente una característica de la fianza subsidiaria que significa que el fiador cumple por el deudor cuando este incumple la obligación principal, y no proceda oponer o no oponga el fiador el beneficio de excusión⁸.

Una segunda posición es la que mantiene que la subsidiariedad es característica esencial de la fianza, es inseparable de la misma cualquiera que sea la regulación por el Derecho positivo en cuanto al beneficio de excusión. Mantiene esta posición GUILARTE ZAPATERO, para el cual «Existiendo beneficio de excusión u orden, el distinto grado de las obligaciones se manifiesta y actúa imponiendo una rigurosa consecuencia de tipo práctico. La circunstancia del incumplimiento de la obligación principal, presupuesto básico para que funcione la fianza, parece que se relega ante la propia eficacia representada por la excusión, que atrae a primer plano la ejecución de la prestación principalmente debida e impone que no se pueda compeler al fiador a pagar la suya al acreedor sin la excusión previa en los bienes del deudor; siempre que, y esto es de suma importancia, aquel oponga el beneficio al ser requerido de pago por este. Pero también en los casos en que no existe beneficio de orden o no se ejercita hábilmente, la obligación del fiador es de grado distinto y posterior a la del deudor principal porque su ejecución presupone siempre, inevitablemente, el incumplimiento de otra obligación, siendo en todo caso relevante no que el fiador pague antes o después que otro, sino que lo hace en lugar de otro»⁹.

III. EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL FIADOR Y EL ACREEDOR

1. INTRODUCCIÓN

El Código civil en el libro IV, título XIV, capítulo II, sección primera, que comprende los artículos 1830 a 1837, regula los efectos de la fianza entre el fia-

dor y el acreedor. Cuando el acreedor se dirige al deudor para el cumplimiento de la obligación principal y el deudor la incumple, el acreedor ha de dirigirse al fiador para que cumpla por el deudor. Ante la reclamación del acreedor al fiador, el Código civil en el artículo 1830 concede al fiador el llamado beneficio de excusión o de orden al establecer que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor», de manera que con la concesión de este beneficio el fiador puede eludir el cumplimiento de la obligación hasta que el acreedor no haya perseguido los bienes del deudor que el fiador ha designado. También, ante la reclamación del acreedor al fiador, el Código civil en el artículo 1837 concede al fiador, en caso de cofianza, el llamado beneficio de división al establecer que «El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad», de forma que con este beneficio el fiador puede dividir el pago de la deuda cuando el acreedor le reclama la totalidad de la misma o una cantidad mayor de la que le corresponde.

En cuanto a la extensión de la fianza, el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones, si se hubiera obligado a más, se reducirá la obligación del fiador a los límites de la obligación del deudor (art. 1826 CC). El fiador responderá de la obligación principal, de todos sus accesorios, de los gastos del juicio que se hayan devengado después de que haya sido el fiador requerido para el pago (art. 1827 CC), y de las consecuencias legales de la fianza, así, las STSS de 22 de noviembre de 1916 y 30 de junio de 1969 afirman que el fiador responde no solo de la obligación principal, sino de sus consecuencias legales, una de ellas el abono de intereses por razón de la mora.

Veamos por una parte el beneficio de excusión, y, por otra, el beneficio de división.

2. BENEFICIO DE EXCUSIÓN

A) Antecedentes del beneficio de excusión

El beneficio de excusión tiene su origen en el Derecho romano. En el Derecho romano clásico no estaba reconocido el beneficio de excusión, el acreedor podía dirigirse indistintamente para cobrar la deuda tanto al deudor principal como al fiador, salvo que se hubiera pactado lo contrario, es con Justiniano, novela 4.^a, capítulo I, cuando se reconoce dicho beneficio al fiador, el cual podía defenderse de la reclamación del acreedor que no se hubiese dirigido previamente al deudor principal para el cobro de la deuda.

En nuestro Derecho se recogió en las Partidas, la Ley 9.^a, tít. XII, Partida V establecía: «En el lugar seyendo aquel que fuese principal debdor, primeramente á el deben demandar a que pague lo que debe, é non á los que entraron fiadores por él; é si por aventura non oviese él de que lo pagar, deben demandar a los fiadores».

Posteriormente se recogió en el Proyecto de Código civil de 1836, en los artículos 1814 a 1819. El artículo 1813 del Proyecto de 1836 señalaba: «El fiador puede obligarse o solo accesoriamente a falta de cumplimiento de la obligación del deudor, o mancomunadamente con este como pagador principal», y el artículo 1814: «En el primero de los casos expresados en el artículo anterior, el fiador no debe ser reconvenido antes de que hecha excusión en los bienes del deudor, se

vea que estos no son suficientes para cubrir la deuda. En el segundo caso puede ser demandado el fiador sin que proceda excusión de los bienes del deudor».

Esta regulación, con alguna modificación, pasó a los artículos 1743 a 1749 del Proyecto de Código civil de 1851. Según el artículo 1743: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin previa excusión de todos los bienes del deudor»; el artículo 1744 se refería a los casos en que no tiene lugar la excusión, así: «La excusión no tiene lugar: 1. Cuando el fiador renunció expresamente a ella. 2. Cuando se obligó mancomunadamente con el deudor. 3. En el caso de haber quebrado el deudor. 4. Cuando este no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino»; el artículo 1745 establecía los requisitos de eficacia para su ejercicio: «Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión, debe oponerlo al acreedor, luego que este le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor, anticipándole la cantidad necesaria para hacer la excusión. El fiador no puede señalar bienes gravados, litigiosos o sitios fuera del territorio de la Audiencia en que debe hacerse el pago, o que no estén poseídos por el deudor, aunque hayan sido hipotecados para la seguridad de la deuda»; el artículo 1746: «Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable hasta donde ellos alcancen de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resultare»; el artículo 1747: «El acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; pero quedará a este a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos»; el artículo 1748: «La transacción hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal. La hecha por este tampoco surte efecto para con el fiador contra su voluntad»; y el artículo 1749: «El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal».

La regulación del Proyecto de Código civil de 1851 pasó, con escasos cambios, al Anteproyecto de Código civil 1882-1888, y definitivamente al Código civil donde se regula en los artículos 1830 a 1836.

B) Concepto de beneficio de excusión

El beneficio de excusión es definido por la doctrina de la siguiente forma: para GUILARTE ZAPATERO «Se entiende por beneficio de excusión o de orden la facultad que corresponde al fiador, en cuya virtud, producido el incumplimiento de la obligación principal, puede aplazar el cumplimiento de la suya y paralizar la pretensión de cobro del acreedor hasta no haber intentado este, sin éxito, la ejecución forzosa del deudor, observando ciertas exigencias»¹⁰; para DÍEZ PICAZO «El beneficio de excusión es una facultad que la ley atribuye al fiador y que tiene por objeto enervar o paralizar la pretensión ejecutiva del acreedor dirigida contra él»¹¹; para CASTÁN, el beneficio de excusión o de orden consiste «en el derecho que se reconoce al fiador para eludir el pago mientras no se acredite la insolvencia, total o parcial, del deudor»¹².

C) Fundamento

La doctrina fundamenta el beneficio de excusión en el carácter subsidiario que tiene la obligación del fiador. Así, DÍEZ PICAZO «El fundamento de dicho beneficio o facultad lo constituye el principio de subsidiariedad de la fianza.

El fiador no debe ser compelido a pagar mientras que el crédito pueda hacerse normalmente efectivo sobre el patrimonio del deudor»¹³. Para DE DIEGO el beneficio de excusión es un favor concedido por la ley al fiador en armonía con la naturaleza subsidiaria de su obligación; pero no debe servir de pretexto para retardar o hacer más difícil en su ejercicio la acción del acreedor¹⁴. GUILARTE ZAPATERO justifica el beneficio de excusión, además de en la subsidiariedad, «en la propia naturaleza de la fianza como obligación de garantía lo que impone la consideración de dicho beneficio, al propio tiempo que como una ventaja para el deudor subsidiario, como una carga que determina, para su definitiva eficacia, un deber de cooperación con el acreedor»¹⁵.

D) Requisitos de eficacia del beneficio de excusión

Cuando el acreedor, vencida la obligación, se dirige al deudor principal para que cumpla con la misma, en caso de que el deudor principal no la cumpla, el acreedor es cuando se podrá dirigir contra el fiador para que la cumpla pudiendo este último oponer el beneficio de excusión. Partiendo de esta situación de incumplimiento de la obligación por el deudor principal, el artículo 1832 del Código civil establece los requisitos para la eficacia del ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador, así, dicho artículo dispone: «Para que el fiador pueda provecharse del beneficio de la excusión, debe oponerlo al acreedor luego que este le requiera para el pago, y señalarle bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda». El artículo 1745 del Proyecto de Código civil de 1851 establecía los mismos requisitos que establece el artículo 1832 del Código civil, salvo que los bienes señalados por el fiador «sean suficientes para cubrir el importe de la deuda». A la vista del artículo 1832 del Código civil, los requisitos de eficacia para el ejercicio del beneficio de excusión por el fiador son, por una parte, que lo oponga al acreedor cuando este le requiera para el pago, y, por otra parte, que señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda. Veamos estos requisitos.

- a) Que el fiador oponga el beneficio de excusión al acreedor luego le requiera para el pago

Si el fiador quiere ejercitar el beneficio de excusión debe oponerlo y notificarlo al acreedor y debe hacerlo «luego que este le requiera para el pago», es decir, debe oponerlo inmediatamente. Ahora bien, en cuanto al momento oportuno para oponer el beneficio de excusión dependerá de cómo se haga el requerimiento de pago al fiador: si el requerimiento de pago es extrajudicial, si se demanda judicialmente solo al fiador o si se demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente.

En el primer supuesto, cuando el acreedor requiera de pago al fiador extrajudicialmente, el beneficio de excusión debe oponerlo el fiador inmediatamente a dicho requerimiento y designar bienes del deudor que cumplan las condiciones del artículo 1832 del Código civil.

En el caso de que el acreedor no cobre la deuda, una vez hecho por él el requerimiento extrajudicial al fiador, puede el acreedor demandar judicialmente al fiador, no pudiendo, en este caso, el fiador oponerle al acreedor el beneficio

de excusión porque anteriormente ya lo había opuesto; si bien, el fiador podrá oponer al acreedor que este ha actuado negligentemente en la excusión de los bienes señalados (art. 1833 CC).

En el segundo supuesto, que el acreedor demande judicialmente solo al fiador, hemos de afirmar que la presentación de la demanda judicial por parte del acreedor contra el fiador contiene el requerimiento de pago que exige el artículo 1832 para que el fiador pueda oponer el beneficio de excusión contra el acreedor; así, la STS de 25 febrero de 1968 declara que «en íntima relación el artículo 1832 con el 1830 del Código civil, dispone que para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de excusión debe oponerlo al acreedor luego este le requiera al pago y señalarle bienes del deudor, realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda; precepto que no determina la forma del requerimiento, por lo que es claro que puede ser hecho por demanda judicial, que quedaría enervada al hacer uso de ese beneficio en la forma ordenada», y la STS de 25 de febrero de 1958 igualmente declara que al no determinar el artículo 1832 la forma del requerimiento, es claro que puede ser hecho por demanda judicial.

Para que la demanda judicial del acreedor al fiador sea eficaz se requiere que el acreedor haya intentado, sin éxito, el cobro de la deuda al deudor; en este sentido se manifiesta la STS de 7 de abril de 1975 cuando declara que para que la acción dirigida contra el fiador sea eficaz se requiere que la misma se haya dirigido previamente contra el primer responsable, acreditándose la insolvencia de bienes o el agotamiento de todos los recursos legales para el cobro de la deuda.

Es posible que el acreedor pueda demandar judicialmente al fiador sin que previamente haya hecho al mismo un requerimiento extrajudicial de pago, en este caso entiendo que debe haberse hecho un requerimiento de pago al deudor, habiendo el deudor incumplido la obligación¹⁶.

En el supuesto de que el acreedor demande judicialmente solo al fiador, este deberá oponer el beneficio de excusión, así como la designación de bienes, en el momento de contestar a la demanda. En este sentido se pronuncia la STS de 15 de abril de 2005, «tampoco los demandados cumplieron la exigencia del artículo 1832 del Código civil de señalar bienes del deudor al acreedor, en territorio español suficientes para cubrir el importe de la deuda, que al no haber sido requeridos de pago, lo debieron hacer en la contestación a la demanda, exigencia reiterada por la jurisprudencia en Sentencias de 31 de enero de 1986, 29 de octubre de 1991 y 21 de febrero de 2003. La STS de 7 abril de 1975 afirma que el tiempo oportuno para la oposición del beneficio de excusión es durante el periodo expositivo del pleito, y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 de la LEC, y mucho menos en los que se presentan después de constituida la relación jurídico-procesal; si ocurriera de otra forma o el beneficio se aplicara de oficio por los Tribunales, se produciría una verdadera incongruencia con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la LEC y se provocaría la indefensión del otro litigante que se vería impedido para formular sus alegaciones y utilizar sus medios de prueba, doctrina que, en este caso, se encuentra reforzada por el artículo 1832 del Código civil que no solo exige que se oponga luego de ser requerido para el pago de la deuda por el acreedor, sino que impone el deber de señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda. En el mismo sentido la STS de 3 de octubre de 1985.

En cuanto al tercer supuesto, cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente, este supuesto está regulado en el

artículo 1834 del Código civil, el cual establece: «El acreedor podrá citar al fiador cuando demande al deudor principal, pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». En el mismo sentido el artículo 1747 del Proyecto de Código civil de 1851 mantenía que «El acreedor puede perseguir en un mismo juicio al deudor principal y al fiador; pero quedará a este a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». La STS de 15 de marzo de 1972 sostiene que el artículo 1834 se refiere a una facultad o derecho que tiene el acreedor, fundada en razones de economía procesal, pero no a una obligación de citar a juicio al fiador cuando demande al deudor principal. La STS de 17 de junio de 1985 declara que la posibilidad de citación conjunta al deudor y fiador demuestra que es una facultad que se concede al acreedor, que puede o no ejercitar. La STS de 25 de febrero de 1958 mantiene que la facultad que confiere el artículo 1834 al acreedor no se opone al derecho que asiste a este para, ejercitar su acción contra el fiador solamente, si bien corriendo el riesgo de que le sea opuesto el beneficio de excusión. Y la STS de 22 de noviembre de 1916 sostiene que puede ejercitarse conjuntamente y en evitación de la duplicidad de procedimientos con idéntica finalidad la acción del acreedor contra el deudor y subsidiariamente contra el fiador con beneficio de excusión, que ha de quedar a salvo en la sentencia, declarando en consecuencia y previamente la insolvencia total o parcial del deudor para que pueda compelerse al fiador a que haga efectivo con sus propios bienes el pago por aquel. Como mantiene ALVENTOSA DEL RÍO «este artículo cuando habla de que el acreedor “podrá citar al fiador cuando demanda al deudor principal” se refiere a que “podrá demandar al fiador cuando demande al deudor”, puesto que en el último inciso del artículo reseñado se afirma que puede darse sentencia contra los dos, es decir, contra el fiador y el deudor, y esto, dar sentencia contra el fiador, solo es posible si el mismo ha sido demandado»¹⁷.

Cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente, el fiador puede ser que comparezca o no en juicio. En el caso de que el fiador comparezca en juicio y oponga el beneficio de excusión, tendrá que oponerlo en la contestación a la demanda y señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda. Tal como mantiene GUILARTE ZAPATERO, «En este caso, como también se ha demandado al deudor principal, no será necesario interrumpir el procedimiento contra el fiador y podrá recaer sentencia contra ambos, pero bien entendido que contra el garante, condenado como deudor subsidiario, no se podrá ejecutar sin antes haber realizado los bienes señalados y solo si estos resultan total o parcialmente insuficientes para cubrir la deuda cabe la realización del patrimonio del fiador»¹⁸. En el caso de que el fiador comparezca en juicio y no oponga el beneficio de excusión en el trámite de contestación a la demanda, se estimaría, como mantiene GUILARTE ZAPATERO, «que, al no ejercitarlo oportunamente, se ha cerrado la oportunidad de oponerlo, quedando así expedita la ejecución de la sentencia dictada contra el fiador mediante el apremio correspondiente y sin que se precise de una declaración previa de la insolvencia del deudor o de la insuficiencia de sus bienes»¹⁹.

En el supuesto de que el fiador no comparezca en juicio, parece ser que el artículo 1834 del Código civil se está refiriendo a este supuesto cuando dice «pero quedará siempre a salvo el beneficio de excusión, aunque se dé sentencia contra los dos». Así GUILARTE ZAPATERO mantiene que «Siendo potestativo del deudor subsidiario comparecer o no en el procedimiento instalado, pudiera entenderse que la expresa referencia de dejar a salvo el beneficio de excusión, aunque se

dé sentencia contra los dos deudores, se refiere al supuesto en el que el fiador citado no comparece. No ha podido alegar entonces eventuales excepciones de que dispusiera para eludir un pronunciamiento condenatorio y se le reserva la facultad de oponer el beneficio en el trámite de ejecución de sentencia»²⁰. Por lo tanto, cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente, y el fiador no comparece en juicio, podrá oponer el beneficio de excusión y designar bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda cuando se dirijan contra el fiador los trámites de ejecución de la sentencia, sentencia recaída contra el deudor principal y el fiador.

Al supuesto cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente se refiere la STS de 20 de febrero de 2008: «El segundo de los motivos del recurso de casación, se funda también en el núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1830 y 1832 del Código civil, por no apreciar las sentencias de instancia la existencia del beneficio de excusión respecto al fiador.

La demanda fue dirigida contra el fiador, con carácter subsidiario en relación con los deudores principales y la sentencia le ha condenado «subsidiariamente como avalista». Dicho fiador, cuando fue requerido de pago, manifestó que no se trataba de fianza solidaria, que disfrutaba del beneficio de excusión (art. 1830 CC) y señaló bienes suficientes de las sociedades deudoras para cubrir el importe de las deudas (art. 1832 CC).

La cuestión que se plantea en casación es si, pese a ello, cabe demandar al fiador y cabe dictar sentencia en que el fiador responda, subsidiariamente a los deudores, del cumplimiento de la obligación de pago de las deudas pendientes. La sentencia de la Audiencia Provincial lo analiza con perfecto detalle y esta Sala llega a la misma solución; lo expresa en estos términos: «En este caso la oposición del beneficio de excusión y el señalamiento de bienes del deudor no impedirá que se dicte la sentencia condenando al fiador a pagar al acreedor con carácter subsidiario. En la sentencia ni siquiera tiene que hacerse pronunciamiento alguno sobre el beneficio de excusión aunque el fiador lo hubiera opuesto con señalamiento de bienes del deudor; al ser requerido extrajudicialmente de pago o en el escrito de contestación a la demanda (reiterando su contestación al requerimiento extrajudicial o, en ausencia de este, por primera vez). El beneficio de excusión solo va a desplegar su eficacia en la fase de ejecución de la sentencia firme que condene al pago del deudor y del fiador con carácter subsidiario. De tal manera que no podrá acudir a la vía de apremio contra los bienes del fiador mientras previamente no se haya agotado esa vía de apremio contra los bienes del deudor designados por el fiador al oponer el beneficio de excusión».

Por tanto, haya señalado o no bienes de los deudores —que sí los ha señalado— puede el fiador ser demandado y ser condenado, subsidiariamente respecto a los deudores principales. Lo cual es corroborado por el artículo 1834 del Código civil que permite al acreedor demandar al fiador e instar su condena, en la condición de deudor subsidiario que corresponde a este: al ser demandado subsidiariamente, el fiador está en condiciones de oponer el beneficio de excusión desde la contestación a la demanda hasta la ejecución de la sentencia. Asimismo, la Sentencia de 20 de enero de 1999, con cita de sentencias anteriores, dice que «el artículo 1834 permite demandar conjuntamente al deudor y al fiador; si bien ha de quedar a salvo el beneficio de excusión de este, no puede hacerse efectiva inmediatamente su condena». Por ello, debe mantenerse la condena subsidiaria del fiador, desestimando este motivo».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 7 de octubre de 2020, en base a la STS de 20 de febrero de 2008 sostiene: «En consecuencia, no se considera improcedente la condena al deudor principal conjuntamente con los fiadores, sin perjuicio de que los fiadores puedan oponer, si tuvieran derecho a ello, el beneficio de excusión en el proceso de ejecución de la sentencia».

- b) Que señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y sean suficientes para cubrir la deuda

Este segundo requisito para que tenga eficacia el ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador requiere, por una parte, que los bienes del deudor que el fiador haya señalado sean realizables en territorio español, y, por otra, que sean suficientes para pagar la deuda.

El que los bienes sean realizables en territorio español significa que pertenezcan en propiedad al deudor principal y que no se encuentren gravados, de manera que sea posible la ejecución de los bienes por parte del acreedor. En caso contrario, el acreedor se encontraría con serios problemas para la ejecución de los bienes, en perjuicio del acreedor y del propio fiador en cuanto que tendría que pagar total o parcialmente la deuda²¹. No serían realizables los bienes del deudor declarado en concurso de acreedores por ello el Código civil excluye en este caso el beneficio de excusión. El artículo 1745 del Proyecto de Código civil de 1851 mantenía unos criterios más concretos en relación a los bienes que el fiador tenía que señalar, criterios referidos no solo al lugar donde los bienes han de encontrarse, sino también a las circunstancias jurídicas en que se encuentran, y así establecía que «El fiador no puede señalar bienes gravados, litigiosos o sitios fuera del territorio de la Audiencia en que debe hacerse el pago, o que no estén poseídos por el deudor, aunque hayan sido hipotecados para la seguridad de la deuda».

En cuanto a que los bienes señalados por el fiador sean suficientes para pagar la deuda, hemos de destacar que dicho señalamiento supone una designación de bienes concretos y determinados, en la que se hagan referencia a aquellos elementos necesarios para determinar las circunstancias jurídicas en que se encuentran, su localización dentro del territorio español y el pertenecer dichos bienes designados al deudor. La STS de 29 de octubre de 1915 estimó que no se cumple el requisito que estamos comentando cuando el fiador en la contestación a la demanda hace referencia «a la relación del activo presentado por los deudores principales en las diligencias de suspensión de pagos, puesto que tal referencia no envuelve designación de bienes determinados, realizables, suficientes y con garantía de una existencia real y efectiva, por cuanto aquella relación no tenía más valor que el de la firma de los propios deudores, cuya insolvencia aparecía acreditada con anterioridad en los autos de juicio ejecutivo». Igualmente, la STS de 31 de enero de 1986 mantuvo que «o se deduce que el recurrente ejerciese el denominado beneficio de excusión... que no puede entenderse ejercitado con la mera referencia a unos bienes indeterminados, sino que exige la designación de bienes determinados, realizables, suficientes para el completo pago y con garantía de una existencia real y efectiva, en el mismo sentido SSTs de 25 de febrero 1968, 7 de abril de 1975 y 29 de octubre de 1991.

Además de cómo ha de hacerse el señalamiento de bienes, hemos de destacar que los bienes señalados por el fiador han de ser suficientes para pagar la deuda. Al respecto mantiene GUILARTE ZAPATERO que «Una primera interpretación

de lo así dispuesto pudiera hacer pensar que el acreedor solo está obligado a la excusión si, efectivamente, los bienes señalados representan un valor económico igual, por lo menos, al importe de lo debido, de suerte que queda relevado de tal deber en el caso de que no resultara así. Creo, sin embargo, que la excusión debe ser intentada en cualquier supuesto por el acreedor, partiendo siempre de la seriedad de la designación formulada. La menor entidad de los bienes del deudor determinará que el fiador solo descargará su parte de responsabilidad por el equivalente obtenido en la realización del valor de aquellos»²².

Cuando el Código civil en el artículo 1832 establece los requisitos para la eficacia del ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador, no hace referencia a quién ha de pagar los gastos de la excusión, a diferencia del artículo 1745 del Proyecto de Código civil de 1851, que establecía que el fiador ha de anticiparle al acreedor la cantidad necesaria para hacer la excusión. Ante la omisión de tal requisito en el Código civil, apartándose del Proyecto de Código civil de 1851, entendemos que el fiador no debe anticipar al acreedor los gastos de la excusión. Pero una cosa es adelantar los gastos y otra distinta es si el fiador ha de pagar dichos gastos al acreedor. En principio, entendemos que el fiador no ha de pagar los gastos de la excusión al acreedor; así, el artículo 1827.1.º del Código civil establece que la fianza no puede extenderse a más de lo contenido en ella. Ahora bien, si la fianza fuera simple o indefinida, según el artículo 1827.2.º del Código civil, comprenderá, no solo la obligación principal, sino todos los accesorios, de manera que, los gastos de excusión, tendría que pagarlos el fiador si los mismos son considerados accesorios; y si dichos gastos son considerados judiciales, igualmente en la fianza simple o indefinida, el fiador responderá de ellos, ya que dichos gastos han sido devengados después que haya sido requerido el fiador para el pago (art. 1827.2.º CC).

E) Efectos

Una vez que el fiador ha opuesto al acreedor el beneficio de excusión en tiempo y señalando bienes del deudor realizables dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, los efectos que despliega el beneficio de excusión hay que analizarlos teniendo en cuenta si el acreedor requirió de pago extrajudicial o judicialmente al fiador.

En el caso de que el beneficio de excusión haya sido opuesto por el fiador una vez que el acreedor le haya requerido de pago extrajudicialmente, el acreedor ha de dirigirse al deudor en base a la designación de bienes del deudor que ha hecho el fiador, si estos bienes designados son suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida totalmente, igualmente quedará extinguida la obligación del fiador por aplicación del artículo 1847 del Código civil; en el caso de que no existan bienes suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida parcialmente, quedando el fiador obligado al pago de la parte restante, siempre y cuando se haya acreditado la insolvencia del deudor; pudiendo posteriormente el fiador ejercer las acciones que le pudieran corresponder contra el deudor para el cobro de la parte de deuda satisfecha.

En el caso de que el beneficio de excusión haya sido opuesto por el fiador una vez que el acreedor le haya demandado judicialmente solo a él, los efectos que produce el ejercicio del beneficio de excusión son la suspensión del procedimiento judicial que ha instado el acreedor contra el fiador para el pago de la deuda, de manera que el acreedor tendrá que dirigirse contra el deudor para

cobrar la deuda de los bienes designados por el fiador. Si los bienes designados son suficientes para el pago de la deuda, la obligación del deudor quedará extinguida y al mismo tiempo la del fiador (art. 1847 CC); si los bienes designados no son suficientes para el pago de la deuda, el fiador pagará la parte que falte hasta completarla, quedando extinguida la obligación del fiador, si bien, a partir de este momento el fiador podrá ejercer las acciones correspondientes contra el deudor principal para el cobro de la parte que el fiador ha pagado.

En el caso de que el acreedor demande judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente y el fiador comparezca y oponga el beneficio de excusión en el trámite de contestación a la demanda, como también se ha demandado al deudor principal, no será necesario interrumpir el procedimiento contra el fiador y podrá recaer sentencia contra ambos, pero bien entendido que el fiador será condenado como deudor subsidiario, de forma que no se podrán ejecutar los bienes del fiador sin antes haber realizado los bienes señalados del patrimonio del deudor²³, una vez acreditada la insolvencia del deudor. Si los bienes designados por el fiador son suficientes para el cobro de la deuda por el acreedor, la deuda se extingue y al mismo tiempo la obligación del fiador (art. 1847 CC); en cambio, si los bienes designados por el fiador fueran total o parcialmente insuficientes para pagar la deuda, el fiador responderá con su patrimonio de toda la deuda o de la parte no satisfecha, según dicte la sentencia, pudiendo el fiador ejercer posteriormente las acciones que le pudieran corresponder contra el deudor por el importe satisfecho.

Un efecto específico del beneficio de excusión tiene lugar cuando, opuesto el beneficio de excusión en tiempo y cumpliendo todas las condiciones del artículo 1832 del Código civil, el acreedor es negligente en la excusión de los bienes señalados por el fiador. Para este supuesto, el artículo 1833 del Código civil establece: «Cumplidas por el fiador todas las condiciones del artículo anterior, el acreedor negligente en la excusión de los bienes señalados es responsable, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte». El contenido de este artículo coincide fielmente con el contenido del artículo 1746 del Proyecto de Código civil de 1851.

Con esta norma se trata de proteger al fiador para no ser responsable por la conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes señalados por aquel. Siendo el descuido del acreedor en la excusión de los bienes señalados el causante de la insolvencia del deudor, no debe el fiador ser el perjudicado, sino el propio acreedor.

Los presupuestos para que el acreedor sea responsable de la insolvencia del deudor son: por una parte, que el fiador haya opuesto el beneficio de excusión luego el acreedor le requiera para el pago, señalando bienes del deudor realizables en territorio español y suficientes para el pago de la deuda²⁴, y, por otra parte, que el acreedor haya sido negligente en la excusión de los bienes del deudor, dando lugar con ello a la insolvencia del deudor.

Como ya hemos estudiado el primero de los presupuestos, vamos a analizar el segundo presupuesto, la conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes del deudor. La negligencia del acreedor hay que tenerla en cuenta cuando el fiador haya opuesto el beneficio de excusión, una vez requerido de pago judicial o extrajudicialmente por el acreedor, y haber señalado bienes del deudor, no en un momento anterior, en este sentido se pronuncia la STS de 7 de octubre de 1933.

Como el requerimiento de pago del acreedor al fiador puede tener lugar extrajudicial o judicialmente, haya demandado judicialmente el acreedor solo al

fiador o conjuntamente a fiador y deudor; el momento en que se ha de valorar la conducta negligente del acreedor puede ser distinto.

Así, mantiene GUILARTE ZAPATERO que «si existe requerimiento extrajudicial de pago, desde el mismo momento de la designación de los bienes por el fiador comienza a ser relevante la conducta del acreedor dirigida a conseguir la realización de los mismos con independencia del procedimiento que en su caso, inste contra el fiador. Pero será en este procedimiento, y lo mismo si no existió requerimiento extrajudicial previo, donde se dilucidará si el beneficio de orden se ejercitó correctamente y si, consecuentemente, el acreedor ha actuado o no con la diligencia en la excusión. Así, pues, la sentencia que recaiga, tomando en consideración las pruebas practicadas en el momento procesal oportuno, deberá pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad por parte del acreedor, precisando, en su caso, el alcance de la misma, previa resolución del punto referido a la idoneidad de los bienes designados por el fiador para su realización y satisfacción consiguiente, en todo o en parte, del interés representado por la obligación principal. Probada tal aptitud, el acreedor será responsable si no actuó con la debida diligencia en la excusión de los bienes y estos, como consecuencia de ello, no pueden ser aprovechados para el pago de la deuda». Es, por tanto, dentro del procedimiento judicial en el que el acreedor ha demandado solo al fiador o al fiador y deudor conjuntamente donde se valora la actitud negligente del acreedor. «Pero nada obsta, como sigue afirmando GUILARTE ZAPATERO, a que si el acreedor —después de efectuada la reclamación extrajudicial de pago al fiador y designados bienes por este para la excusión—, no ejercita sus acciones judicialmente, pueda el garante promover el procedimiento oportuno dirigido a que se le declare liberado de la responsabilidad contraída y, consiguientemente, extinguida la obligación de la fianza, si se produjo la negligencia del acreedor en la persecución de los bienes y estos hubieran quedado perjudicados para el fin propuesto»²⁵.

En cuanto a la valoración de la conducta negligente del acreedor en la excusión de los bienes del deudor, ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la fianza, las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, como establece el artículo 1104.1.º del Código civil, además, como afirma GUILARTE ZAPATERO, debe estar conectada a la naturaleza, circunstancias y situación que concurren en los bienes designados por el fiador; pues no se debe valorar lo mismo la actitud del acreedor cuando se le señalan bienes del deudor cuya realización no ofrece dificultades que cuando la misma entraña graves problemas y resultados inciertos. En el primer caso, es claro que si el acreedor no se apresura a trabar los bienes y con su inacción o falta de diligencia da lugar a que estos desaparezcan o se embarguen por otros acreedores, incurre en la responsabilidad establecida en el artículo 1833 del Código civil; siendo discutible calificar de negligencia y generadora de responsabilidad la conducta del acreedor si, habiéndosele designado bienes del deudor que no se encuentran expedidos para su realización, no inicia y sigue hasta agotarlos los procedimientos pertinentes en cada supuesto, en muchas ocasiones costoso, de larga duración y resultado problemático. El mismo autor se pregunta hasta qué punto se puede responsabilizar al acreedor por no perseguir bienes designados del deudor cuya realización exige el ejercicio de acciones para reintegrarlos a su patrimonio o para anular los efectos de los negocios en cuya virtud salieron del mismo, manteniendo el autor que el artículo 1833 del Código civil no admite una interpretación afirmativa generalizada²⁶. Sin embargo, para ALVENTOSA DEL RÍO hay que distinguir que una cosa es la dificultad en la realización de la excusión de dichos bienes, y otra cosa, muy

distinta, alegar esta dificultad para ni siquiera intentar la excusión; en el primer caso, una vez intentada dicha realización, no se consigue excutir los bienes por la dificultad que entraña su realización, parece que el acreedor debe quedar exento de esta responsabilidad, pero, en el segundo caso, no debe quedar exento de la misma cuando ni siquiera intente la excusión. Mantiene la autora que es conveniente dejar a los Tribunales la posibilidad de resolver cuál es la diligencia procedente y sí, en el caso concreto, existe negligencia en la actitud del acreedor; aunque existen comportamientos del acreedor que de suyo pueden calificarse de negligentes, como la no persecución de los bienes designados, el dejar que otro acreedor realice los bienes con anterioridad a su propia realización, el retraso malicioso en la excusión de los mismos etc.²⁷.

Por lo que respecta a la prueba de la negligencia del acreedor; si como hemos comentado anteriormente los presupuestos para que el acreedor sea responsable de la insolvencia del deudor son, por una parte, que el fiador haya opuesto el beneficio de excusión luego el acreedor le requiera para el pago, señalando bienes del deudor realizables en territorio español y suficientes para el pago de la deuda, y, por otra parte, que el acreedor haya sido negligente en la excusión de los bienes del deudor, dando lugar con ello a la insolvencia del deudor, habría que probar, por tanto, la diligencia del fiador como del acreedor en el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

Correspondería al fiador probar que los bienes del deudor designados para la excusión son realizables en territorio español y suficientes para el pago de la deuda.

Sin embargo, se discute si corresponde al fiador o al acreedor probar la negligencia del acreedor en la persecución de los bienes y que la insolvencia del deudor es consecuencia de dicha negligencia. Para SCAEVOLA²⁸ la prueba corresponde al fiador con base en la STS de 29 de mayo de 1897 que mantuvo la negligencia del acreedor por no ejercitar una tercera a fin de que se le pusiera en posesión de la cantidad producida por la venta de los bienes del deudor y que hubiera disminuido la cuantía de los compromisos del fiador. Igualmente para ALVENTOSA DEL RÍO, siguiendo la doctrina francesa estima que la prueba de la negligencia en la actitud del acreedor ha de recaer sobre el fiador y que parece deducirse de la STS de 31 de marzo de 1927 en cuanto señala que no cabe imputar al acreedor dicha negligencia pues no se ha tratado de combatir con elementos adecuados y eficaces, teniendo que realizar esta demostración los fiadores²⁹. En cambio, GUILARTE ZAPATERO mantiene que «corresponde al acreedor acreditar que actuó con la diligencia debida en la excusión y que, si esta resultó infructuosa, tal consecuencia no fue debida a su comportamiento, o bien probar que si no desenvolvió ninguna actividad fue porque, aun en el caso de haber intentado la realización de los bienes señalados, este hubiera resultado ineficaz»³⁰.

El que el acreedor incurra o no en la responsabilidad que establece el artículo 1833 Código civil está relacionada con los bienes designados por el fiador. Así, pueden ocurrir distintas situaciones, una primera situación es cuando el fiador designa bienes del deudor que no son idóneos para su ejecución, el acreedor en este caso no incurre en la responsabilidad del artículo 1833 del Código civil, pudiendo el acreedor reclamar el pago contra el fiador, aunque el deudor tenga otros bienes diferentes a los designados por el fiador al oponer el beneficio de excusión; una segunda situación es cuando habiendo el fiador designado bienes idóneos del deudor y habiendo el acreedor intentado la excusión de los mismos, el deudor resulte insolvente antes de la realización de dichos bienes, en este

caso no podemos hablar de conducta negligente del acreedor y, por lo tanto, no es responsable de la insolvencia del deudor; pudiendo el acreedor exigirle el pago de la deuda al fiador; una tercera situación es cuando habiendo el fiador designado bienes idóneos del deudor para su realización, el acreedor negligente no los persigue, perdiendo dichos bienes para con su ejecución cobrar la deuda, y consecuentemente resulta el deudor insolvente, en este caso el acreedor incurre en la responsabilidad del artículo 1833 del Código civil, quedando responsable de dicha insolvencia; y una cuarta situación es cuando habiendo el fiador designado bienes idóneos del deudor, el acreedor persigue otros bienes del deudor distintos de los designados por el fiador, en este caso, si el acreedor no cobra completamente la deuda, incurre en la responsabilidad del artículo 1833 del Código civil si el deudor resultase insolvente por la negligencia del acreedor en la excusión de los bienes designados por el fiador, pudiendo alegar el fiador que la designación de bienes está hecha si el acreedor se dirige al fiador para cobrar el resto de la deuda.

En todos los casos en que el acreedor resulta responsable conforme al artículo 1833 del Código civil, el acreedor responde de aquella insolvencia del deudor producida por su conducta negligente en la persecución de los bienes designados por el fiador³¹. En la misma medida que el acreedor se hace responsable de la insolvencia del deudor, el fiador queda liberado, total o parcialmente, del pago de la deuda³².

F) Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de excusión

El artículo 1831 del Código civil establece que «La excusión no tiene lugar: 1.º Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella. 2.º Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor. 3.º En el caso de quiebra o concurso del deudor. 4.º Cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino».

Tampoco tendrá lugar la excusión cuando, según el artículo 1832 del Código civil, el fiador no cumpla con los requisitos que dicho artículo establece (anteriormente analizados), es decir: que el fiador no oponga el beneficio de excusión al acreedor luego que este le requiera para el pago, y que no señale bienes del deudor realizables dentro del territorio español, que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda.

Además de estos casos, hemos de ver si el beneficio de excusión tiene o no lugar en la fianza mercantil y en la judicial.

a) Renuncia del fiador al beneficio de excusión

El que el fiador no tenga derecho a ejercer el beneficio de excusión depende, en este caso, de la voluntad del fiador que en base al principio de la autonomía de la voluntad ha renunciado a él. El que el beneficio de excusión sea renunciable no es más que una consecuencia del principio general de renuncia a los derechos en la ley reconocidos que recoge el artículo 6.2 del Código civil, cuando la renuncia no vaya en contra del interés o el orden público ni perjudique a terceros.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de julio de 1911 y 8 de mayo de 1916 ha admitido la renuncia al beneficio de excusión, fundamentando la validez de la renuncia en que de esta forma puede el fiador evitar

las mayores cargas y perjuicios que se derivarían de obligar al acreedor a acudir a un procedimiento de excusión.

El artículo 1831.1.º del Código civil establece que la renuncia al beneficio de excusión ha de ser expresa, de manera que no cabe la renuncia tácita ni se puede presumir la renuncia por determinados actos del fiador; mientras el fiador no haya renunciado expresamente al beneficio de excusión, tiene derecho a ejercerlo. La renuncia al beneficio de excusión no implica que desaparezca la característica de la subsidiariedad de la fianza, de manera que, el fiador está obligado al pago cuando se demuestre el incumplimiento por parte del deudor.

En cuanto a la forma en que el fiador ha de renunciar expresamente al beneficio de excusión, estima GUILARTE ZAPATERO «que resulta suficiente con que la voluntad de no oponer el beneficio de división sea clara e inequívoca y se desprenda así de la declaración del fiador o del tenor de la obligación»³³.

Respecto al momento en que el fiador puede renunciar al beneficio de excusión, ya que el Código civil no hace referencia a tal extremo, pero sí dice que la renuncia ha de ser expresa, y teniendo en cuenta el momento en que el fiador puede oponer al acreedor el beneficio de excusión, según si el acreedor requirió de pago extrajudicial o judicialmente al fiador, el fiador puede renunciar a tal beneficio en el mismo momento de constitución de la fianza o en un momento posterior a esta, en el caso de que la renuncia tenga lugar después de la constitución de la fianza, puede tener lugar antes o después del vencimiento de la obligación. Mientras el fiador tenga derecho a ejercer el beneficio de excusión, según las reglas que hemos visto anteriormente, puede renunciar al mismo. Si transcurre el tiempo que tiene el fiador para ejercer el beneficio de excusión sin haberlo ejercitado, esto no implica que haya renunciado tácitamente al mismo, simplemente se trata de la pérdida del derecho a ejercer el beneficio de excusión.

Por su parte, GUILARTE ZAPATERO, mantiene «que el precepto se refiere al caso de renuncia operada en el momento de constitución de la fianza o después de tal momento, pero antes del vencimiento de la obligación principal y que es a estos supuestos a los que se contrae la forma expresa, ya que si no se cuestiona la existencia de la excusión, si el fiador estima que no tiene interés ejercitarla, le resulta suficiente no oponerla, con lo que, en cierta manera, se ha producido también una renuncia tácita, pero a mi modo de ver, impropia»³⁴.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, modificado por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, les permite a los fiadores que se encuentren en el umbral de exclusión el poder exigir que la entidad (el acreedor) agote el patrimonio del deudor principal, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

b) Cuando el fiador se ha obligado solidariamente con el deudor

La incompatibilidad existente entre el beneficio de excusión y la fianza solidaria implica que el fiador no tenga derecho a ejercer dicho beneficio cuando se ha obligado solidariamente con el deudor.

En el caso de la fianza subsidiaria, el fiador cumple cuando el deudor no cumple la obligación, de manera que el acreedor se dirigirá contra el fiador en caso de incumplimiento del deudor, el fiador ante esta situación, para eludir el pago de la deuda, puede designar bienes del deudor para satisfacer el interés del acreedor, de aquí que el Código civil conceda el beneficio de excusión al fiador.

En la fianza solidaria no es necesario que el deudor incumpla la obligación para que el acreedor se dirija al fiador reclamándole el pago de la deuda, el acreedor, en este caso, puede dirigirse primero bien al deudor o bien al fiador, estando uno u otro obligado al pago de la deuda, de manera que, en la fianza solidaria, si el acreedor se dirige primero al fiador para el cobro de la deuda, al estar este obligado a pagarla, no cabe el ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador.

La STS de 26 de noviembre de 2019 sostiene que la fianza solidaria implica la inoperatividad del beneficio de excusión (art. 1831.2 CC).

c) En el caso de quiebra o concurso del deudor

Con el vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, no existe distinción entre quiebra y concurso, por lo que para que cese el beneficio de excusión tiene que producirse la declaración de concurso del deudor.

Para que el beneficio de excusión cese por concurso del deudor bastaría que se haya dictado auto declarándole en concurso, sin que ni siquiera el auto sea firme, así establece el artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/2020 que «El auto de declaración de concurso producirá de inmediato los efectos establecidos en esta ley y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme».

Si como hemos visto antes, para que tenga eficacia el ejercicio del beneficio de excusión por parte del fiador se requiere que este señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, si el deudor ha sido declarado en concurso, es imposible el cumplimiento de dicho requisito al no disponer el concursado de bienes, por lo que el Código civil recoge esta causa entre las que no tiene lugar el beneficio de excusión.

No sería causa por la que cesa el beneficio de excusión la insolvencia del deudor no declarada judicialmente. Solo la declaración judicial de concurso del deudor sería causa por la que cesa el beneficio de excusión.

Si con el ejercicio del beneficio de excusión se pretende averiguar la insolvencia o no del deudor, como la declaración de concurso del deudor implica la insolvencia del mismo, es lógico que la declaración de concurso del deudor sea causa de cese del beneficio de excusión.

Si el deudor ha sido declarado en concurso no procede la excusión, como acabamos de ver, pero si es el fiador el declarado en concurso, según el artículo 263 del Real Decreto Legislativo 1/2020, el crédito del acreedor contra el fiador concursado se reconocerá como crédito contingente (los créditos sometidos a condición suspensiva y los créditos litigiosos) mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión de los bienes del deudor.

d) Cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino

Uno de los requisitos de eficacia para el ejercicio del beneficio de excusión, como hemos visto anteriormente, es que el fiador señale bienes del deudor realizables dentro del territorio español, si el deudor no tiene bienes en territorio español sino que los tiene en el extranjero, pero puede ser demandado judicialmente en España, esto no implica que el fiador no pueda ejercitar el beneficio de excusión, el fiador puede ejercitarlo, sin embargo, al no poder

realizarse los bienes del deudor dentro de España porque se encuentran en el extranjero daría lugar a la ineficacia del mismo. Distinto a este supuesto es cuando el deudor no puede ser demandado judicialmente en España, tenga o no bienes dentro del territorio español, en este caso el fiador no tendrá la facultad de ejercer el beneficio de excusión, siendo esta la causa que recoge el artículo 1831. 4.º del Código civil.

La Sentencia de 1 de junio de 1929 recoge esta causa de cese del beneficio de excusión al mantener: «El Tribunal *a quo* declara probado que en el caso planteado en el pleito existen dos contratos, uno de préstamo con interés entre prestamista y prestatario, y otro de garantía o fianza convencional del primero —por lo menos subsidiaria— entre prestamista y el demandado fiador, y que el prestatario se halla en la isla de Cuba y no ha pagado el capital que recibiera; por tanto, constituido el demandado y recurrente en fiador subsidiario, y teniendo su residencia el deudor principal fuera de España, es patente que la Sala sentenciadora ha aplicado con acierto el número 4 del artículo 1831 del Código civil y en su virtud acertadamente ha condenado al fiador —sin que se haya hecho excusión en los bienes del deudor ni dirigido conjuntamente la demanda contra uno y otro— al pago de la suma prestada y los intereses legales desde la interposición judicial si al ser requerido para que señale bienes del deudor realizables y suficientes dentro del territorio español para cubrir el importe de la deuda no lo verifica eficazmente, sin que quepa apreciar la infracción de los preceptos citados».

El que el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino es una cuestión de competencia de los tribunales españoles que da lugar a que cese el beneficio de excusión, por lo que habrá que tener en cuenta las normas de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (arts. 21 y sigs.) y las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 50 y sigs.).

Teniendo en cuenta las normas sobre competencia territorial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sería causa por la que cesa el beneficio de excusión los siguientes casos: si el deudor es persona física con domicilio en España, será juez competente el juez del domicilio del deudor (art. 50.1 LEC); si el deudor es persona física y no tuviere domicilio en España, será juez competente el de su residencia en territorio español (art. 50.1 LEC); si el deudor es persona física y no tiene domicilio ni residencia en España, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en este y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor (art. 50.2 LEC); si el deudor es persona jurídica con domicilio en España, será demandado en el lugar de su domicilio (art. 51.1 LEC); si el deudor es una persona jurídica sin domicilio en España, será demandado en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos (en España), siempre que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC); o si se ha pactado por los interesados la sumisión expresa a los tribunales españoles (art. 55 LEC).

A la vista de estas normas, para considerar como causa de cese del beneficio de excusión el que el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, se requiere que los tribunales españoles no sean competentes, lo que tendría lugar: si el deudor es persona física, cuando no tenga ni haya tenido domicilio ni residencia en España, ni tampoco se encuentre dentro del territorio nacional y, además, que el acreedor no tenga su domicilio en España; y si el deudor es

persona jurídica, cuando no teniendo su domicilio en España, la fianza produzca sus efectos fuera de España.

e) En la fianza mercantil

El Código de Comercio no hace referencia al beneficio de excusión ni al de división cuando regula los afianzamientos mercantiles en los artículos 439 a 442.

La jurisprudencia viene manteniendo que al tener la fianza mercantil carácter solidario, quedan excluidos los beneficios de excusión y de división, por lo que el fiador mercantil carece de dichos beneficios. En este sentido se pronuncia la STS de 15 de abril de 2005, en la misma «se alega infracción del artículo 1137 del Código civil en relación con el 1822 porque la fianza no se constituyó como solidaria, por lo que el avalista —por ende, sus herederos gozan del beneficio de excusión y no se ha reclamado ni demandado a la sociedad deudora que reconoció la deuda. El motivo se desestima por dos razones. La primera, porque se trata de una fianza mercantil; en esta se ha mantenido —aunque no en forma pacífica— que la obligación del fiador tiene carácter solidario, por lo que no goza del beneficio de excusión (art. 1831.2.º, CC); así lo sigue la sentencia recurrida y, pese a ser discutible, lo mantiene la jurisprudencia; la Sentencia de 16 de octubre de 1989 lo dice breve e incidentalmente, la de 7 de marzo de 1992 claramente lo expresa («lo que determina su carácter solidario según la práctica mercantil y la jurisprudencia —Sentencias de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969 y 16 de junio de 1970—, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil»). Sin que por ello se desconozca cierta corriente jurisprudencial que entiende que la fianza mercantil no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la corriente casi unánime de la doctrina científica que lo entiende así».

La jurisprudencia justifica que la fianza mercantil goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, como mantiene la STS de 15 de abril de 2005, al amparo del artículo 3 párrafo 1, del Código civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros, y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicadas de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él (Sentencia de 20 de octubre de 1989), lo reitera la de 14 de febrero de 1997 («la nueva doctrina jurisprudencial de esta Sala, haya proclamado con base al artículo 3-1 del Código civil, la necesidad de otorgar carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación mercantil, y con ello añadir una especificidad más al derecho mercantil en relación a su tronco origen del derecho civil») y lo remacha la de 26 de mayo de 2004 («siendo también jurisprudencia de esta Sala, no exenta ciertamente de excepciones, la relativa al carácter solidario de la fianza mercantil (SSTS 4-12-50, 7-12-68, 25-4-69, 16-6-70, 20-10-89 y 7-3-92»).

Si conforme al artículo 439 del Código de Comercio, se reputa mercantil (y, por tanto, solidario) todo afianzamiento que tuviere por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea comerciante, existe una excepción a esta regla: cuando el fiador fuese una persona física constituida en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional

y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social.

A esta excepción se refiere el Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015, al establecer que los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad.

De esta manera, cuando concurren las circunstancias anteriores, el fiador de un contrato mercantil no se ve afectado por la regla general de la solidaridad que rige en el Derecho mercantil, tiene a todos los efectos la condición de consumidor, por lo que le son aplicables los beneficios de excusión y división.

f) En la fianza judicial

El artículo 1856 del Código civil establece: «El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal. El subfiador, en el mismo caso, no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador».

Según este artículo el beneficio de excusión no tiene lugar en los casos de fianza judicial.

El que el artículo 1856-1.º del Código civil niegue al fiador judicial el beneficio de excusión tiene su fundamento en que se trata de una fianza judicial frente a la fianza convencional o a la legal, y además, como mantiene MANRESA «deben ser más fuertes los vínculos y mayores las seguridades en las obligaciones que se contraen en el caso de la fianza judicial que en las otras clases, en consideración a la índole especial de las obligaciones aseguradas con ella»³⁵. Razones igualmente aplicables para negar el beneficio de división en la fianza judicial.

G) *El beneficio de excusión en la subfianza*

El Código civil hace referencia a la subfianza en los artículos 1823, 1836, 1846, 1848 y 1856. El artículo 1823.2.º establece que la fianza «puede constituirse, no solo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consinténdolo, ignorándolo y aun contradiciéndole este».

Cuando el acreedor, vencida la obligación, se dirige al deudor principal para que cumpla con la misma, en caso de que el deudor principal no la cumpla, el acreedor es cuando se podrá dirigir contra el fiador para que cumpla la obligación. En el caso de subfianza el acreedor podrá dirigirse al subfiador cuando previamente haya reclamado sin éxito el cumplimiento de la obligación al deudor principal y al fiador; es entonces cuando el subfiador puede oponer el beneficio de excusión. Partiendo de esta situación de incumplimiento de la obligación por el deudor principal y por el fiador, el artículo 1836 del Código civil, con idéntica redacción que el artículo 1749 del Proyecto de Código civil de 1851, establece: «El fiador de un fiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal».

Al no haber normas específicas para el ejercicio del beneficio de excusión por parte del subfiador, serán de aplicación las normas contenidas en los artícu-

los 1830 y siguientes del Código civil para el ejercicio de dicho beneficio por parte del fiador. No obstante, hay que realizar algunas matizaciones.

Por lo que respecta al cumplimiento de los requisitos de eficacia para el ejercicio del beneficio de excusión por parte del subfiador, son los mismos que establece el artículo 1832 del Código civil, si bien el fiador opone el beneficio de excusión al acreedor señalando bienes del deudor, y en el caso del subfiador, este puede oponer al acreedor dicho beneficio señalando bienes del fiador y del deudor. Sobre este particular, GUILARTE ZAPATERO, distingue tres casos, dependiendo de que el subfiador disponga del beneficio de excusión solo respecto del deudor principal, solo respecto del fiador, o respecto del deudor principal y del fiador.

Si el subfiador dispone del beneficio de excusión solo respecto del deudor principal, el incumplimiento de la obligación de este autoriza al acreedor para actuar contra el fiador y contra el propio subfiador, por ello tan pronto como sea requerido de pago deberá oponer el beneficio y señalar los bienes del deudor principal objeto de excusión. En este mismo caso, el fiador puede disponer del beneficio de excusión o carecer del mismo contra el deudor principal. Si el fiador dispone del beneficio, es dudoso si el subfiador puede alegar dicho beneficio cuando ya ha sido opuesto infructuosamente por el fiador. Si el fiador no dispone del beneficio, el subfiador podrá ejercitarlo.

Si el subfiador dispone del beneficio de excusión solo respecto del fiador, también hay que distinguir dos situaciones, según que el fiador disponga o no del beneficio de excusión contra el deudor principal. Si el fiador dispone del beneficio, las cosas discurrirán como cuando el subfiador dispone del beneficio respecto del deudor principal y del fiador (como ahora veremos). Si el fiador no dispone del beneficio de excusión contra el deudor principal, producido el incumplimiento del deudor principal, el acreedor está facultado desde tal momento para dirigirse contra el subfiador, quien podrá alegar el beneficio.

Si el subfiador dispone del beneficio respecto del deudor principal y del fiador, cuando el acreedor le reclame al subfiador el cumplimiento de la obligación deberá oponer la excusión y designar simultáneamente bienes de ambos deudores, sin que sea válido el señalamiento sucesivo de estos³⁶.

Por lo que respecta a los supuestos en los que según el artículo 1831 del Código civil no tiene lugar el beneficio de excusión y su aplicación a la subfianza, en relación a las dos primeras causas, es decir, que el fiador haya renunciado expresamente a la excusión y que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor, hemos de señalar, siguiendo a GUILARTE ZAPATERO³⁷, las distintas posibilidades que pueden darse:

1.^a Que el fiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el fiador. En este supuesto el subfiador puede oponer el beneficio de excusión en relación a los bienes del deudor principal como del fiador.

2.^a Que el fiador haya renunciado a la excusión o que se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el fiador. En este supuesto el subfiador puede oponer el beneficio de excusión en relación a los bienes del fiador, pero no sobre los del deudor principal. Sin embargo, ALVENTOSA DEL RÍO mantiene que el beneficio de excusión del subfiador con respecto a los bienes del deudor no se excluye cuando ha renunciado el fiador a él, ni cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, sino cuando

es el subfiador quien ha renunciado al mismo o el subfiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal³⁸.

3.^a Que el fiador no haya renunciado a la excusión ni se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador haya renunciado a la excusión o se haya obligado solidariamente con el fiador. En este supuesto el subfiador puede oponer el beneficio de excusión en relación a los bienes del deudor principal, pero en relación a los del fiador.

4.^a Que el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor principal, y que el subfiador se haya obligado solidariamente con el fiador. En este caso el subfiador no puede oponer el beneficio de excusión ni en relación a los bienes del deudor principal ni de los del fiador.

En cuanto a las causas por las que no tiene lugar el beneficio de excusión recogidas en el artículo 1831 3.º y 4.º del Código civil y su aplicación a la subfianza, el subfiador no podrá oponer la excusión sobre los bienes del deudor principal cuando este haya sido declarado en concurso o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, y tampoco podrá oponer el beneficio de excusión sobre los bienes del fiador cuando este es el que haya sido declarado en concurso o no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Respecto a la aplicación del artículo 1833 del Código civil a la subfianza, el acreedor será responsable por su conducta negligente en la excusión de los bienes del deudor principal o de los del fiador, en relación a los bienes señalados por el subfiador, hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia del deudor principal o del fiador que por aquel descuido resulte.

En cuanto a la aplicación del artículo 1834 del Código civil a la subfianza, si el acreedor demanda al deudor principal y al mismo tiempo cita al fiador y al subfiador, quedará siempre a salvo el beneficio de excusión a favor del subfiador, aunque se dé sentencia contra los tres, en relación a los bienes del deudor principal o a los del fiador, según a quien se refiera la excusión. En el caso de que el acreedor demande conjuntamente al fiador y al subfiador, si se diera sentencia contra los dos, quedará a salvo el beneficio de excusión a favor del subfiador en relación a los bienes del fiador.

Finalmente hay que destacar que el subfiador judicial no puede pedir la excusión de bienes ni del deudor principal ni del fiador (art. 1856.2 CC).

3. BENEFICIO DE DIVISIÓN

A) *Antecedentes históricos*

En el Derecho romano existieron cronológicamente en el tiempo distintos criterios en cuanto a la responsabilidad de los cofiadores. En el antiguo Derecho romano la responsabilidad de los cofiadores era solidaria. En la época clásica, las formas de garantía personal eran la *sponsio* y la *fideipromissio*, aplicándose a ambas figuras la *Lex Furia*, siglo II a.C, según la cual el acreedor estaba obligado a dividir por partes iguales la deuda entre los cofiadores que vivieren en el momento en que la misma fuera debida. Esta Ley, como podemos ver, transforma la responsabilidad solidaria de los cofiadores en una responsabilidad por cuotas, constituyendo a juicio de MANZANARES SECADE en «el primer antecedente del beneficio de división en casos de cofianza»³⁹. En el Derecho Justiniano se suprimió la *sponsio* y la *fideipromissio* quedando como única forma de garantía personal la *fideiussio*. Para la *fideiussio*, en el supuesto de varios *fideiussores*,

la responsabilidad de los mismos era solidaria. «Sin embargo, a partir de una *epístula Hadriani*, los *cofideiussores* gozaban frente al acreedor de un *beneficium divisiones*, en cuya virtud el acreedor venía obligado a distribuir el importe de la deuda entre los fiadores que fuesen solventes al tiempo de la reclamación»⁴⁰.

En el Derecho histórico castellano la cofianza se recogía: En las Leyes 8, 10 y 11 del título XII de la Partida 5.^a. Las Leyes 8 y 10 hacían referencia a las relaciones entre acreedor y cofiadores, estableciendo, en principio, la solidaridad si los cofiadores se han obligado por toda la deuda; no obstante la solidaridad, el acreedor no podría reclamar toda la deuda a uno, sino a cada uno su parte, pero en caso de insolvencia de uno de los cofiadores, esta era asumida por los demás. Si por el contrario, los cofiadores no se hubieran obligado por el todo sino por partes, el acreedor solo puede reclamar de cada uno de ellos su parte correspondiente, pero si alguno de ellos fuera insolvente, lo otros están obligados a pagar la parte del insolvente. En el Fuero Real, la ley IV del título XVIII del libro III establecía que «cuando alguno tomare dos fiadores o más por alguna cosa quier diga cada uno por todo, quier no, en su voluntad sea de demandar a todos de consuno o a cualquiera dellos». Para MUCIUS SCAEVOLA el Fuero Real «abrazó francamente la doctrina de la presunción legal de la solidaridad por el mero hecho de aparecer conjuntamente varios fiadores a responder de una deuda»⁴¹. Como podemos apreciar, el régimen de la cofianza en las Leyes de Partidas y en el Fuero Real era muy semejante al del Derecho romano justinianeo. También se recogía en la Nueva Recopilación, la cofianza se recogía en la Ley 1.^a, título IV, libro V. Según GUILARTE ZAPATERO, «los comentaristas de la Nueva Recopilación entendieron comúnmente que si los cofiadores se obligaban *in solidum*, cada uno de ellos podía ser demandado por la totalidad del crédito, sin que pudiera oponer el beneficio de división, mientras que si se obligaron en forma simple no precisaban de este, ya que la propia ley determinaba la responsabilidad de cada uno por su propia cuota»⁴². Finalmente, en la Novísima Recopilación se regulaba en la Ley 10.^o del título I del libro X. La Ley 10.^a establecía que si dos o más personas se obligasen simplemente por contrato para hacer cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entienda ser obligado cada uno por su parte, salvo si en el contrato se dijera que cada uno de ellos sea obligado *in solidum*. Como podemos observar, la Novísima Recopilación, a diferencia de las Leyes de Partidas y el Fuero Real que establecían la presunción legal de solidaridad, establece la presunción legal de la divisibilidad de la deuda. La Novísima Recopilación negaba el beneficio de división a los cofiadores, porque si se habían obligado solidariamente cada uno de ellos ha de pagar el todo, y si se obligaron simplemente no necesitan pedir el beneficio de división ya que solo están obligados a pagar su parte, no estando obligados a asumir la insolvencia de los demás cofiadores.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA, en lo que respecta a las relaciones entre acreedor y cofiadores, establecía el artículo 1750: «Siendo muchos los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno de ellos responde de toda la deuda. Pero el reconvencido para el pago del todo podrá exigir que el acreedor divida su acción entre los fiadores y la reduzca a la parte y porción de cada uno de ellos. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». Y en el artículo 1751: «El fiador que reclama el beneficio de división responde proporcionalmente de la insolvencia anterior de los otros fiadores, pero no de la posterior a la división. Tampoco responde de la anterior cuando el acreedor dividió su acción voluntariamente y sin reclamarlo el fiador». A la vista de estos artículos, el

Proyecto de 1851 no sigue la regulación de la Novísima Recopilación, recogiendo la regulación del Código civil francés de los artículos 2025 y siguientes, semejante con la del Derecho romano justiniano y con la de las Leyes de Partidas. El Proyecto de 1851 establecía la responsabilidad solidaria de los cofiadores, pero suavizando dicha responsabilidad ya que podían exigir al acreedor que dividiese la acción entre los cofiadores y su reducción a la porción de cada uno de ellos. Sin embargo, no era posible reclamar el beneficio de división en los mismos casos que no era posible reclamar el de excusión, en cuanto se produciría perjuicio al acreedor. En cuanto a las relaciones de los cofiadores entre sí, el artículo 1758 del Proyecto de 1851, siguiendo con algunas variaciones al Código civil francés, establecía: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le quepa. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recae sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago a virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de quiebra».

El Código civil en el artículo 1837 establece: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer; a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad. El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal». El primer párrafo del artículo 1837 no recoge el contenido del artículo 1750 del Proyecto de Código civil de 1851, sino que sigue lo dispuesto en la Novísima Recopilación, en cambio, el segundo párrafo recoge el último párrafo del artículo 1750 del Proyecto de 1851, cesando el beneficio de división en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

Como el beneficio de división se da cuando existe cofianza, veamos en primer lugar la cofianza y posteriormente el beneficio de división.

B) Concepto y naturaleza de la cofianza

El Código civil no establece cuándo estamos ante un caso de cofianza, presupone su concepto en los artículos 1837 y 1844 cuando dice «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos». Sin embargo, el primer problema que se plantea es si toda pluralidad de fiadores, sin más requisitos, es cofianza o sería necesario la concurrencia de otros requisitos.

La cofianza se configura, por su propia existencia y naturaleza, como un supuesto de obligación pluripersonal, pero la existencia de varios fiadores no implica por sí misma un caso de cofianza ya que los distintos fiadores, aunque garantizan la misma deuda de un mismo deudor, lo pueden hacer asumiendo obligaciones independientes unos de otros. Es necesario para que estemos ante un caso de cofianza que todos los fiadores asuman conjuntamente la garantía.

También se ha configurado la cofianza como un supuesto de obligación cumulativa siempre «que todos los cofiadores se encuentren en el mismo plano frente al acreedor, ya que cabe también hablar de obligaciones cumulativas en las que tal circunstancia no se da: la propia obligación del fiador es una obligación cumulativa, se añade a la del deudor principal y, sin embargo, no está en el mismo plano que esta cuando existe el beneficio de excusión»⁴³.

Estaríamos ante la confianza, siendo de aplicación el régimen jurídico que establecen los artículos 1837, 1844, 1846, 1850 y 1852 del Código civil, cuando existiendo una pluralidad de fiadores que garanticen a un mismo deudor y por una misma deuda, todos los fiadores se encuentren en el mismo nivel frente a la obligación que están garantizando, asumiendo todos los fiadores conjuntamente la garantía, lo que produce los mismos efectos para los cofiadores entre sí mismos y para todos los cofiadores con el acreedor⁴⁴.

En cambio, no estaríamos ante supuestos de cofianza y consecuentemente no se aplicaría el régimen jurídico de la misma recogido en el Código civil, en los siguientes casos: cuando el fiador se obliga ignorando la existencia de otros fiadores, ya que falta la asunción conjunta de la garantía; cuando existan varias fianzas autónomas o independientes por una misma deuda; cuando los fiadores garantizan deudas distintas de un mismo deudor a pesar de que todas ellas fueran respecto a un mismo acreedor; cuando cada uno de los fiadores garantiza a cada uno de los distintos deudores por una misma deuda y respecto al mismo acreedor; si todos los cogarantes no se han obligado personalmente, sino que unos se han obligado personalmente mediante la fianza y otros mediante una garantía real; cuando solo exista un fiador y un subfiador o subfiadores, ya que el fiador garantiza la obligación principal y el subfiador garantiza la obligación del fiador; cuando algunos cofiadores han renunciado al beneficio de excusión y otros no porque todos los cofiadores no se encuentran en el mismo nivel frente a la obligación principal garantizada, ya que los cofiadores que no han renunciado al beneficio de excusión siguen respondiendo subsidiariamente de la obligación principal, a diferencia del deudor principal y los cofiadores que han renunciado a dicho beneficio; tampoco estamos ante un caso de cofianza, por no encontrarse los cofiadores en el mismo nivel respecto de la obligación principal garantizada, cuando algunos cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor y otros no, ya que los que no se han obligado solidariamente siguen respondiendo subsidiariamente de la obligación principal, frente a los que se han obligado solidariamente con el deudor principal.

La STS de 13 de abril de 2016 afirma que «el régimen aplicable a un supuesto de pluralidad de fiadores va a depender de la configuración negocial que las partes establezcan al respecto. En este sentido, resulta indiscutible que las partes pueden configurar una pluralidad de fianzas independientes entre sí, y ajenas al régimen de la fianza solidaria. Caso del fiador que se obliga ignorando la existencia de otros fiadores o del fiador que acuerda la garantía con independencia de otros posibles fiadores. Aunque no se trata propiamente de un supuesto de pluralidad de fiadores, también ocurre lo mismo en el caso en que un fiador garantiza la deuda mediante la fianza y otro mediante la dación de una garantía real».

C) Configuración de la cofianza en el Código civil

Una vez determinados los requisitos para poder establecer cuándo estamos ante la cofianza, y qué supuestos no son de cofianza, debemos preguntarnos si el Código civil configura la cofianza como una obligación solidaria o como una obligación mancomunada.

Cuando el artículo 1837 del Código civil establece que «El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer; a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad», parte de que los cofiadores

responden, en principio, mancomunadamente, salvo que hayan pactado expresamente la solidaridad.

Si el Código civil configura la cofianza como una obligación mancomunada, ello implica que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte de la deuda que le corresponde pagar. No obstante, por voluntad expresa de los interesados, la cofianza se puede configurar como una obligación solidaria, estando el cofiador, a quien el acreedor le reclame el pago de la deuda, obligado a pagar el importe total de la misma. Por lo tanto, la cofianza puede estar configurada o como una obligación mancomunada o como una obligación solidaria si, esta última, así se ha pactado expresamente.

Sin embargo, no hay que confundir la cofianza solidaria, en la que los cofiadores están obligados solidariamente entre sí, y la fianza solidaria, en la que el fiador o cofiadores están obligados solidariamente con el deudor.

Teniendo en cuenta que la cofianza puede ser mancomunada o solidaria y que todos los cofiadores pueden estar obligados con el deudor de forma solidaria o no, las distintas situaciones que podrían surgir serían:

1.^a. Los cofiadores no se han obligado solidariamente con el deudor y se han obligado mancomunadamente entre sí. Esto implica, por una parte, que en caso de que el acreedor se dirija a los cofiadores reclamándoles el pago de la deuda, los cofiadores pueden oponer el beneficio de excusión; y, por otra, que en el caso de que el deudor incumpla su obligación de pago, el acreedor solo puede reclamar de cada uno de los cofiadores la parte que le corresponda pagar a cada uno, que por aplicación del artículo 1138 del Código civil, si del texto de la obligación no resulta otra cosa, la deuda se presumirá dividida en tantas partes iguales como deudores haya.

2.^a. Los cofiadores se obligan solidariamente con el deudor y solidariamente entre ellos. En este caso, el acreedor se puede dirigir para el cobro de la deuda, bien al deudor, bien a cualquiera de los cofiadores, por el importe total de la deuda, sin posibilidad por parte de los cofiadores de oponer el beneficio de excusión ni de ejercer el beneficio de división al estar los cofiadores obligados solidariamente con el deudor.

3.^a. Los cofiadores se obligan solidariamente con el deudor y mancomunadamente entre ellos. En este supuesto, el acreedor se puede dirigir, para el cobro de la deuda, indistintamente al deudor o a los cofiadores. Los cofiadores no pueden oponer al acreedor el beneficio de excusión al estar obligados solidariamente con el deudor, cesando, por esta misma causa, el beneficio de división.

4.^a. Los cofiadores no se obligan solidariamente con el deudor, pero se obligan solidariamente entre ellos. En este caso, si el acreedor se dirige a los cofiadores para el pago de la deuda, los cofiadores pueden oponer el beneficio de excusión. Vencida e incumplida la deuda por parte del deudor, el acreedor puede dirigirse a cualquiera de los cofiadores reclamándoles el importe total de la deuda, estando el cofiador obligado a pagárselo.

5.^a. Los cofiadores no se han obligado todos solidariamente con el deudor, pero asumiendo conjuntamente la garantía, unos cofiadores se obligan solidariamente y otros mancomunadamente entre sí. En este caso, cada uno de los cofiadores responderá según la naturaleza de la obligación que cada uno haya contraído, solidaria o mancomunadamente. Si algunos de los cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor y otros no, como hemos dicho antes, no estamos ante la cofianza al no estar todos los cofiadores en el mismo nivel respecto a la reclamación del acreedor.

D) Regulación del beneficio de división en el Código civil

Cuando el artículo 1837-1.º del Código civil dispone: «Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, la obligación a responder de ella se divide entre todos. El acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponda satisfacer, a menos que se haya estipulado expresamente la solidaridad», lo que hace es establecer *ex lege* la división de la deuda entre todos los cofiadores, sin que el acreedor pueda reclamar toda la deuda a uno de los cofiadores, salvo que se hubiera pactado la solidaridad entre los cofiadores⁴⁵. De esta forma, el párrafo coincide con la regla general de la responsabilidad mancomunada recogida en los artículos 1137 y 1138 del Código civil.

El segundo párrafo del artículo 1837 recoge el último párrafo del artículo 1750 del Proyecto de 1851, cesando el beneficio de división en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal. Si el artículo 1837-2.º del Código civil dice que el beneficio de división cesa, del mismo se deduce que los cofiadores tienen que tener tal beneficio. ¿Realmente lo tienen?, ¿en qué situaciones?

El artículo 1750 del Proyecto de 1851 sí que recogía el beneficio de división, estableciendo la responsabilidad solidaria de los cofiadores, pero al cofiador a quien el acreedor le hubiera exigido el pago total de la deuda podía oponer al acreedor el beneficio de división exigiéndole que dividiera su acción entre los cofiadores y la redujera a la parte que cada uno de ellos tuviera; cesando el beneficio de división por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal.

Sin embargo, el artículo 1837 del Código civil no parte de una responsabilidad solidaria de los cofiadores, sino de una responsabilidad mancomunada, salvo que se haya pactado expresamente la solidaridad. Si esto es así, ¿cómo es posible hablar de beneficio de división de los cofiadores cuando la división de la deuda viene ya impuesta *ex lege*?

El beneficio de división tiene sentido cuando partiendo de una responsabilidad solidaria de los cofiadores, esto es, de una posición gravosa en cuanto que uno de ellos debe pagar íntegramente la deuda, el ejercicio del beneficio de división los sitúa en una posición más favorable ya que cada cofiador debe pagar su parte de la deuda⁴⁶. De manera que, si el artículo 1837 no parte de una responsabilidad solidaria de los cofiadores, sino de una responsabilidad mancomunada, es arriesgado decir que el Código civil recoge el beneficio de división en la cofianza⁴⁷.

¿Es posible conciliar los dos párrafos del artículo 1837 para poder hablar de beneficio de división en la cofianza?

Los dos párrafos del artículo 1837 del Código civil son de difícil conciliación, en este sentido mantiene MANZANARES SECADE que «tienen raíces históricas distintas y se refieren a situaciones completamente opuestas, por lo que son, por naturaleza, incompatibles... la norma del artículo 1837,2.º, no tiene ningún sentido en un Código como el nuestro, que parte del principio de división de derecho de la deuda entre los distintos cofiadores, de acuerdo con los artículos 1137 y 1138»⁴⁸.

Además, la difícil conciliación entre los dos párrafos del artículo 1837 se pone de manifiesto cuando partiendo el párrafo primero de la responsabilidad mancomunada de los cofiadores, estos tienen que asumir la insolvencia de un cofiador declarado en concurso según el párrafo segundo de dicho artículo. De manera que la responsabilidad mancomunada de los cofiadores se agrava en caso

de declaración de concurso de uno de ellos, mientras la responsabilidad mancomunada de los codeudores no se agrava si alguno de ellos resultare insolvente, ya que según el artículo 1139 del Código civil no están los demás obligados a suplir su falta.

Sin embargo, a pesar de la difícil conciliación de ambos párrafos, la conciliación entre ellos es la única solución que vemos para hablar del beneficio de división en la cofianza. No se trata de que el párrafo 1.º del artículo 1837, por sí mismo, esté reconociendo el beneficio de división, sino que por la conciliación de los dos párrafos del artículo 1837 sería posible el beneficio de división cuando habiéndose obligado los cofiadores mancomunadamente entre sí, el acreedor reclama a uno de ellos el importe total de la deuda o una porción superior a la que le correspondería satisfacer.

El beneficio de división consistiría en la facultad que tiene el cofiador para obligar al acreedor, que le reclama el importe total de la deuda o una mayor parte de la que le corresponde, a que divida la acción exigiendo a cada uno de los cofiadores solo la parte que se han obligado a garantizar.

Lo que establece, por tanto, el artículo 1837 del Código civil es, en su primer párrafo, la división de la deuda como regla general y, en su segundo párrafo, la división de la acción del acreedor.

E) Forma de ejercerse el beneficio de división

Si hemos considerado el beneficio de división como una facultad del cofiador demandado por el acreedor exigiéndole el pago de la totalidad de la deuda o una parte superior a la que le corresponde, según las reglas de la división, es a dicho cofiador a quien corresponde ejercitarla.

El artículo 1837 del Código civil no establece la forma de ejercerse el beneficio de división, solo dispone que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte que le corresponde satisfacer.

En cuanto al momento para su ejercicio, un sector de la doctrina recurre a la aplicación analógica con el beneficio de excusión⁴⁹, estableciendo el artículo 1832 del Código civil que debe oponerlo al acreedor luego que este le requiera para el pago. Para Díez-PICAZO «el fiador deberá oponer el beneficio antes de contestar a la demanda, o bien en la misma contestación de la demanda, pero no en cambio en un momento posterior»⁵⁰. Sin embargo, para RAMÓN FERNÁNDEZ «no debemos limitarnos solo al momento de la contestación de la demanda, tal y como, para el beneficio de excusión, impone el artículo 1832 del Código civil, pues, de forma excepcional, podría haber cuestiones nuevas, preguntándonos si podría ser una audiencia previa del juicio ordinario»⁵¹.

Por nuestra parte, mantenemos que el momento en el que el cofiador debe ejercer el beneficio de división es cuando el acreedor le requiera para el pago de la totalidad de la deuda o de una parte superior a aquella que le corresponde pagar. Como el requerimiento de pago del acreedor al cofiador puede tener lugar extrajudicial o judicialmente, si el requerimiento es extrajudicial debe de oponerlo inmediatamente a dicho requerimiento, y si el requerimiento es judicial debe oponerlo en el momento de contestar a la demanda.

Cuando el cofiador demandado por el acreedor para el pago de la totalidad de la deuda o de una mayor parte de la que le corresponde ejercita el beneficio de división, lo que tiene que indicar es la parte de la deuda de la que él responde, no siendo necesario que indique las partes de los demás cofiadores, ya que la finalidad

del cofiador al ejercer el beneficio de división es que se divida la acción del acreedor y que a él solo se le reclame la parte que le corresponde⁵².

F) Supuestos en los que no tiene lugar el beneficio de división

El párrafo 2.º del artículo 1837 del Código civil establece: «El beneficio de división contra los cofiadores cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión contra el deudor principal».

En primer lugar, como mantiene GULLÓN BALLESTEROS «No es exacta la expresión «contra los cofiadores» porque el beneficio no se opone más que por el cofiador frente al acreedor que reclame el todo, no entre los cofiadores»⁵³.

La remisión que hace el párrafo 2.º del artículo 1837, cuando dice «y por las mismas causas que el de excusión», es al artículo 1831 del Código civil, donde se recogen las causas por las que no tiene lugar la excusión, estas son: 1.º. Cuando el fiador haya renunciado expresamente a ella; 2.º. Cuando se haya obligado solidariamente con el deudor; 3.º. En caso de quiebra o concurso del deudor; y 4.º. Cuando este no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Dicha remisión no implica identidad, en cuanto son muchas las diferencias entre los beneficios de excusión y de división, en relación a los sujetos, requisitos y funciones de uno y otro, por lo que habrá que adaptar las causas al beneficio de división. De esta forma, la tercera y cuarta causa en vez de estar referidas al deudor, han de estarlo, en el beneficio de división, a uno o varios de los cofiadores⁵⁴.

En consecuencia, las causas por las que cesa el beneficio de división, por la remisión que hace el párrafo 2.º del artículo 1837 al artículo 1831 del Código civil, serían:

- 1.ª. Cuando el cofiador haya renunciado expresamente a él.
- 2.ª. Cuando los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor.
- 3.ª. En caso de quiebra o concurso del cofiador.
- 4.ª. Cuando el cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

Además de por estas causas, hemos de ver si el beneficio de división tiene o no lugar en la fianza judicial, y en cuanto a la fianza mercantil, al tener carácter solidario, queda excluido el beneficio de división, como hemos visto para el beneficio de excusión, con la salvedad que hemos apuntado al tratar el mismo. Analicemos cada una de dichas causas.

a) Renuncia del cofiador al beneficio de división

El que el cofiador pueda renunciar al beneficio de división no es más que una consecuencia del principio general de renuncia a los derechos en la ley reconocidos que recoge el artículo 6.2 del Código civil, cuando la renuncia no vaya en contra del interés o el orden público ni perjudique a terceros.

El Código exige que la renuncia al beneficio de división sea expresa. En cuanto al momento en que ha de tener lugar esta renuncia expresa, el cofiador puede renunciar a tal beneficio en el mismo momento de constitución de la fianza o en un momento posterior. Si la renuncia tiene lugar después de la constitución de la fianza, puede ser antes o después del vencimiento de la obligación. Mientras el cofiador tenga derecho a ejercer el beneficio de división puede renunciar al

mismo. Si transcurre el tiempo que tiene el cofiador para ejercer el beneficio de división sin haberlo ejercitado, esto no implica que haya renunciado tácitamente al mismo, simplemente se trata de la pérdida del derecho a ejercer el beneficio de división.

No se requiere que la renuncia sea un acto conjunto de todos los cofiadores⁵⁵.

b) Que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor

La segunda causa por la que cesa el beneficio de división no es porque los cofiadores se hayan obligado solidariamente entre sí, motivo que excluye la división de la deuda según el artículo 1837-1.º del Código civil, sino porque los cofiadores se hayan obligados solidariamente con el deudor, artículo 1831.2.º del Código civil.

En el supuesto de que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor y solidariamente entre sí, el acreedor se puede dirigir indistintamente al deudor o a cualquiera de los cofiadores exigiéndoles el importe total de la deuda.

En el supuesto de que los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor, sin que entre los cofiadores hayan pactado la solidaridad, el acreedor podría dirigirse indistintamente al deudor por la totalidad de la deuda y a los cofiadores por la parte de cada uno de ellos, en aplicación de las normas sobre la mancomunidad. Sin embargo, en este supuesto, al estar los cofiadores obligados solidariamente con el deudor, además de no tener el beneficio de excusión, cesaría el beneficio de división, según la remisión del artículo 1837.2.º al 1831, de manera que el cofiador a quien el acreedor le reclama la deuda no podría dividirla, sino que tendría que pagarla en su totalidad.

c) Quiebra o concurso del cofiador

Al no existir distinción entre quiebra y concurso con arreglo al vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, el cese del beneficio de división se produciría por la declaración de concurso de algún cofiador.

Para que cese el beneficio de división por concurso de algún cofiador sería suficiente que se haya dictado auto declarándole en concurso, sin que ni siquiera el auto sea firme, en este sentido el artículo 32 del Real Decreto Legislativo 1/2020 dispone que «El auto de declaración de concurso producirá de inmediato los efectos establecidos en esta ley y tendrá fuerza ejecutiva aunque no sea firme».

Una interpretación restrictiva del párrafo 2.º del artículo 1837 sobre las causas por las que cesa el beneficio de división, nos conduce a no comprender como causa por la que cesa tal beneficio la insolvencia del cofiador no declarada judicialmente. Solo la declaración judicial de concurso de algún cofiador sería causa por la que cesa el beneficio de división en la cofianza. La declaración de concurso del cofiador implica la insolvencia del mismo por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Al quedar afectos todos los bienes del cofiador a un concurso, para no perjudicar al acreedor en el cobro de una deuda garantizada con una cofianza, en la que cada uno de los cofiadores solo responde de su parte, el legislador hace cesar el beneficio de división por la declaración de concurso del cofiador, de modo que los demás cofiadores han de responder, además de su parte, de la parte del

cofiador concursado. De esta forma, tal acreedor no depende de lo que resulte del concurso, frente a otros acreedores cuyos créditos no están garantizados con una cofianza.

Sin embargo, la STS de 29 de abril de 1931 no reconoce como causa de cese del beneficio de división la quiebra o concurso del cofiador, ya que aplica literalmente el artículo 1831, de manera que para ella la causa por la que cesa el beneficio de división es la quiebra o concurso del deudor. Según dicha sentencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1837 del Código civil, «el fiador no solidario no viene obligado para con el acreedor a responder subsidiariamente, por insolvencia de un cofiador; de toda o de parte de la porción de la fianza correspondiente a este, ya que no existe en el mencionado Código precepto alguno que modifique aquella regla general establecida por el citado artículo de dicho Cuerpo legal, aplicable siempre que la fianza no esté comprendida en alguno de los casos en los que cesa el beneficio de división» (Considerando 1.º). Y sigue diciendo que «la insolvencia de uno de los fiadores no solidarios, no produce la cesación del beneficio de división, subsistiendo, en su consecuencia, aunque esa insolvencia se produzca y acredite, la limitación ya expresada de la obligación de los fiadores solventes, que, respecto al acreedor, responden exclusivamente de la parte de la fianza a ellos correspondiente» (Considerando 2.º).

Esta sentencia no es aceptable en cuanto que si el artículo 1837.2.º remite al artículo 1831, lo que hay que hacer es una adaptación de las causas por las que no tiene lugar el beneficio de excusión para saber las causas por las que cesa el beneficio de división. En la cofianza y en las relaciones entre acreedor y cofiadores el concurso del deudor no tiene sentido alguno en relación al beneficio de división, pero sí en el beneficio de excusión.

Aunque la declaración de concurso de un cofiador hace cesar el beneficio de división, como hemos visto anteriormente, esta causa de cese hay que matizarla. La declaración de concurso de un cofiador causa el cese del beneficio de división siempre y cuando el cumplimiento de la obligación asumida por el cofiador declarado en concurso no esté garantizada con una subfianza, si está garantizada con una subfianza, la declaración de concurso de un cofiador no hace cesar el beneficio de división, ya que según establece el artículo 1846 del Código civil: «El subfiador, en caso de insolvencia del fiador por quien se obligó, queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el fiador».

Según este artículo, la responsabilidad del subfiador estaría condicionada a la insolvencia del cofiador garantizado y en los mismos términos que lo estaba dicho cofiador. Respecto a la insolvencia del cofiador garantizado, entendemos tanto la declarada por concurso como la no declarada por concurso por no poder cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Y en cuanto a que el subfiador queda responsable a los cofiadores en los mismos términos que lo estaba el cofiador, se refiere a la forma en que estaba obligado dicho cofiador; por una parte, con los restantes cofiadores, esto es, mancomunada o solidariamente, y, por otra, con el deudor principal, solidariamente o no.

Para que la declaración de concurso de uno solo de los cofiadores no cause el cese del beneficio de división se requiere:

1.º. Que el cumplimiento de la obligación asumida por el cofiador declarado en concurso esté garantizado con una subfianza.

2.º. Que el subfiador no sea declarado en concurso y pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino.

3.º. Que el cofiador declarado en concurso no se haya obligado solidariamente con el deudor ya que como el subfiador queda responsable en los mismos términos que lo estaba el cofiador; si este estaba obligado solidariamente con el deudor sería una causa por la que cesa el beneficio de división.

4.º. Que el cofiador declarado en concurso se haya obligado mancomunadamente con el resto de cofiadores. Si se hubieran obligado solidariamente entre sí quedaría excluida la división de la deuda según el artículo 1837.1.º del Código civil.

d) Cuando un cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino

Se trata de una circunstancia subjetiva de un cofiador que produce el cese del beneficio de división, con independencia de que tenga o no bienes en territorio español.

Es una cuestión de competencia de los tribunales españoles la que da lugar a que cese el beneficio de división al no poder ser el cofiador demandado judicialmente dentro de España, para ello hay que tener en cuenta las normas de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (arts. 21 y sigs.) y las normas de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 50 y sigs.).

Teniendo en cuenta las normas sobre competencia territorial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no sería causa por la que cesa el beneficio de división en los siguientes casos: si el cofiador es persona física con domicilio en España, será juez competente el juez del domicilio del cofiador (art. 50.1 LEC); si el cofiador es persona física y no tuviere domicilio en España, será juez competente el de su residencia en territorio español (art. 50.1 LEC); si el cofiador es persona física y no tiene domicilio ni residencia en España, podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en este y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor (art. 50.2 LEC); si el cofiador es persona jurídica con domicilio en España, será demandado en el lugar de su domicilio (art. 51.1 LEC); si el cofiador es una persona jurídica sin domicilio en España, será demandado en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir efectos (en España), siempre que en dicho lugar tenga establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC); si se ha pactado por los interesados la sumisión expresa a los tribunales españoles (art. 55 LEC).

Por lo tanto, para considerar como causa por la que cesa el beneficio de división que un cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino, se requiere que los tribunales españoles no sean competentes, lo que tendría lugar: si un cofiador es persona física, cuando no tenga ni haya tenido domicilio ni residencia en España, ni tampoco se encuentre dentro del territorio nacional y, además, que el acreedor no tenga su domicilio en España; y si un cofiador es persona jurídica, cuando no teniendo su domicilio en España, la cofianza produzca sus efectos fuera de España.

e) La fianza judicial

El Código civil en su artículo 1856 establece: «El fiador judicial no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal. El subfiador, en el mismo caso,

no puede pedir ni la del deudor ni la del fiador». Según este artículo el beneficio de excusión no tiene lugar en los casos de fianza judicial, pero lo que no está claro es si el beneficio de división tiene o no lugar en la fianza judicial.

Para DíEZ-PICAZO «cuando la fianza judicial se hubiese constituido con varios fiadores, según una regla que cuenta con claros antecedentes en el antiguo Derecho francés, y que en nuestro Derecho se desprende del artículo 1837, no se da entre los fiadores judiciales el beneficio de división»⁵⁶. A pesar de la opinión de este autor, lo cierto es que el artículo 1856 de Código civil no se pronuncia al respecto, y es muy chocante que dedicándole el Código civil un capítulo a la fianza legal y judicial, niegue el beneficio de excusión tanto al fiador como al subfiador en la fianza judicial, y no haga mención al beneficio de división.

¿Se remite el artículo 1837-2.º del Código civil al artículo 1856, siendo esta la razón por la que el artículo 1856 no menciona el beneficio de división? El artículo 1837-2.º del Código civil establece que el beneficio de división cesa en los mismos casos y por las mismas causas que el de excusión, de aquí que, según nuestra opinión, cuando dice «por las mismas causas» que el de excusión se está remitiendo a las causas por las que la excusión no tienen lugar según el artículo 1831 del Código civil, con las adaptaciones que ya hemos visto; y que a la expresión «en los mismos casos» que el de excusión, se remite al artículo 1856, de manera que el cofiador en los mismos casos que no tiene lugar el beneficio de excusión, tampoco tiene el de división, y un caso es en la fianza judicial, según el párrafo primero del artículo 1856. Además, en apoyo de nuestra postura, el párrafo segundo del artículo 1856 del Código civil establece que el subfiador, «en el mismo caso» no puede pedir la excusión de bienes del deudor principal ni del fiador, y la expresión «en el mismo caso» se está refiriendo a la fianza judicial.

En conclusión, en nuestra opinión, el cofiador judicial no tiene el beneficio de división por la remisión que hace el artículo 1837-2.º del Código civil al artículo 1856, cuando aquel establece que el beneficio de división cesa en los mismos casos que el de excusión, y un caso por el que no tiene lugar el beneficio de excusión es en la fianza judicial.

Sin embargo, para GUILARTE, «de la regulación del Código no deriva que el cofiador, en la fianza judicial, esté privado del beneficio de división o de los efectos de esta... En mi opinión, tiene una mayor transcendencia y significación la ausencia de una referencia específica a la cesación del beneficio de división, contrariamente a lo que ocurre con la excusión, en el artículo 1856, que implícita alusión que pudiera considerar existente en el apartado 2.º del presente precepto (1837), al citado de la fianza judicial. Creo que la norma remite exclusivamente al artículo 1831, entre otras razones, por la colocación de los distintos preceptos implicados... Por lo demás, creo que la aplicación *favor fideiussoris* que debe informar la interpretación de esta materia, según la opinión común, lleva al mismo resultado de mantener el beneficio de división en la fianza judicial, a no ser que expresamente se renuncie al mismo»⁵⁷.

G) Consecuencias del cese del beneficio de división

Cuando el beneficio de división cesa por renuncia del mismo por parte de los cofiadores o porque los cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor, la consecuencia para el cofiador a quien el acreedor le reclama toda la deuda es pagar íntegramente la misma.

Cuando el beneficio de división cesa por concurso de un cofiador o cuando el cofiador no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino, las consecuencias para el cofiador o cofiadores que no se encuentren entre dichos supuestos son, además de pagar la cuota que les corresponda, la de pagar proporcionalmente la cuota de quienes se encuentren en alguno de dichos supuestos. «Ahora bien, esto no implica, como mantiene GUILARTE, la conversión de su obligación de garantía en una obligación solidaria, por lo que, en todo caso, deberá mantenerse la necesidad del acreedor de dividir la deuda entre todos los cofiadores solventes, sin que le resulte factible exigir a uno solo de ellos la totalidad de la obligación fiada a pretexto de la concurrencia de alguno de los supuestos del artículo 1831, ni siquiera la cuota íntegra del insolvente o insolventes»⁵⁸.

Las consecuencias para aquel cofiador que ha pagado la deuda, vienen recogidas en el artículo 1844 del Código civil, al establecer: «Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer. Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recaerá sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra»⁵⁹.

La STS de 13 de octubre de 2009 afirma «que en la cofianza, constituida bajo el régimen de solidaridad, el artículo 1844 del Código civil permite a cualquiera de los cofiadores que haya pagado, total o parcialmente, sin exigirse que haya pagado la deuda en su totalidad, reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponda satisfacer, como dispone dicha norma; de lo contrario, se daría el contrasentido de que el fiador que paga o le embargan bienes, tiene que esperar a que el pago sea completo, lo que le dañaría a él y beneficiaría a los otros».

Puede ocurrir que el acreedor reclame a todos y cada uno de los cofiadores su parte correspondiente, haciendo caso omiso de que alguno o algunos de los cofiadores se encuentren en concurso. En tal supuesto, mantiene GUILARTE que «el acreedor no podrá ampararse luego en el beneficio que la cesación de la división le hubiera deparado y habrá de soportar las consecuencias de la insolventencia de quienes lo sean»⁶⁰.

Distinto del supuesto anterior es cuando el acreedor demanda solo a un cofiador reclamándole su parte de la deuda o la reciba voluntariamente de este, pero sin tener en cuenta si alguno de los demás cofiadores se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 1831 por los que cesa el beneficio de división. Para este supuesto, como sostiene GUILARTE, «el acreedor deberá asumir la parte de los cofiadores insolventes que no fue pagada por los que ante la actuación de aquel se limitaron a la entrega de su cuota estricta. Se trata, en definitiva, de una liberación o renuncia parcial por hecho propio del acreedor que no debe afectar a los restantes cofiadores»⁶¹.

IV. CONCLUSIONES

I. La fianza se define como una garantía personal por la que una tercera persona, fiador, se compromete a cumplir una obligación principal, cuando el deudor no la cumple.

II. Las características de la obligación del fiador son, por una parte, la accesoriedad, porque al ser la fianza una obligación de garantía no puede entenderse

sin la existencia de una obligación principal. y, por otra, la subsidiariedad, que supone que el fiador solo se obliga para el caso de que el deudor principal no cumpla su obligación, siendo consecuencia de la subsidiariedad el beneficio de excusión del fiador.

III. Cuando el acreedor se dirige al deudor para el cumplimiento de la obligación principal y el deudor la incumple, el acreedor ha de dirigirse al fiador para que cumpla por el deudor. Ante la reclamación del acreedor al fiador, el fiador tiene el beneficio de excusión o de orden, de forma que puede eludir el cumplimiento de la obligación hasta que el acreedor no haya perseguido los bienes del deudor que el fiador ha designado; y también, el beneficio de división, por el cual el fiador puede dividir el pago de la deuda cuando el acreedor le reclama la totalidad de la misma o una cantidad mayor de la que le corresponde.

IV. Para que el ejercicio del beneficio de excusión sea eficaz es necesario que el fiador lo oponga al acreedor cuando este le requiera para el pago y señale bienes del deudor que sean realizables en territorio español suficientes para cubrir la deuda.

V. En cuanto al momento oportuno para oponer el beneficio de excusión dependerá de cómo haga el acreedor el requerimiento de pago al fiador: si el requerimiento de pago es extrajudicial, debe oponerlo el fiador inmediatamente a dicho requerimiento; si el acreedor demanda judicialmente solo al fiador, este deberá oponerlo en el momento de contestar a la demanda; si demanda judicialmente al deudor principal y al fiador conjuntamente y el fiador comparece en juicio y opone, tendrá que oponerlo en la contestación a la demanda, y si el fiador no comparece en juicio, podrá oponerlo cuando se dirijan contra el fiador los trámites de ejecución de la sentencia, sentencia recaída contra el deudor principal y el fiador.

VI. Cuando el fiador oponga al acreedor el beneficio de excusión tiene que señalar bienes del deudor que sean realizables en territorio español y suficientes para cubrir la deuda. El que los bienes sean realizables en territorio español significa que pertenezcan en propiedad al deudor principal y que no se encuentren gravados, de manera que sea posible la ejecución de los bienes por parte del acreedor. En cuanto a que los bienes señalados por el fiador sean suficientes para pagar la deuda, dicho señalamiento supone una designación de bienes concretos y determinados, en la que se hagan referencia a aquellos elementos necesarios para determinar las circunstancias jurídicas en que se encuentran y su localización dentro del territorio español.

VII. En cuanto a los efectos del ejercicio del beneficio de excusión, una vez opuesto por el fiador, el acreedor ha de dirigirse al deudor en base a la designación de bienes del deudor que el fiador ha hecho, si estos bienes designados son suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida totalmente, igualmente quedará extinguida la obligación del fiador; en el caso de que no existan bienes suficientes para el pago de la deuda, esta quedará extinguida parcialmente, quedando el fiador obligado al pago de la parte restante, siempre y cuando se haya acreditado la insolvencia del deudor, pudiendo posteriormente el fiador ejercer las acciones que le pudieran corresponder contra el deudor para el cobro de la parte de deuda satisfecha.

Un efecto específico del beneficio de excusión tiene lugar cuando, opuesto el beneficio de excusión en tiempo y cumpliendo todas las condiciones, el acreedor es negligente en la excusión de los bienes señalados por el fiador, en este caso el acreedor es responsable, hasta donde los bienes alcancen, de la insolvencia del deudor que por aquel descuido resulte.

VIII. El beneficio de excusión no tiene lugar, en primer lugar, cuando el fiador haya renunciado expresamente al mismo, no cabe la renuncia tácita ni se puede presumir la renuncia por determinados actos del fiador; en segundo lugar, cuando el fiador se haya obligado solidariamente con el deudor; en tercer lugar, por la declaración judicial de concurso del deudor, no siendo causa de cese la insolvencia del deudor no declarada judicialmente; en cuarto lugar, cuando el deudor no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino porque los tribunales españoles no sean competentes; en quinto lugar, cuando la fianza sea mercantil por el carácter solidario de la misma, salvo cuando el fiador fuese una persona física constituida en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, y, en sexto lugar, en la fianza judicial.

IX. En el caso de subfianza, el subfiador goza del beneficio de excusión, tanto respecto del fiador como del deudor principal.

X. La cofianza tiene lugar cuando existiendo una pluralidad de fiadores que garanticen a un mismo deudor y por una misma deuda, todos los fiadores se encuentren en el mismo nivel frente a la obligación que están garantizando, asumiendo todos los fiadores conjuntamente la garantía, lo que produce los mismos efectos para los cofiadores entre sí mismos y para todos los cofiadores con el acreedor.

XI. El Código civil configura la cofianza como una obligación mancomunada, lo que implica que el acreedor no puede reclamar a cada fiador sino la parte de la deuda que le corresponde pagar.

XII. El cofiador debe ejercer el beneficio de división cuando el acreedor le requiera para el pago de la totalidad de la deuda o de una parte superior a aquella que le corresponde pagar, si el requerimiento es extrajudicial debe oponerlo inmediatamente a dicho requerimiento, y si el requerimiento es judicial debe oponerlo en el momento de contestar a la demanda.

XIII. Cuando el cofiador demandado por el acreedor para el pago de la totalidad de la deuda o de una mayor parte de la que le corresponde ejercita el beneficio de división, lo que tiene que indicar es la parte de la deuda de la que él responde, no siendo necesario que indique las partes de los demás cofiadores, ya que la finalidad del cofiador al ejercer el beneficio de división es que se divida la acción del acreedor y que a él solo se le reclame la parte que le corresponde.

XIV. El beneficio de división cesa: cuando el cofiador haya renunciado expresamente a él; cuando los cofiadores se hayan obligado solidariamente con el deudor; en caso de quiebra o concurso del cofiador; cuando el cofiador no pueda ser demandado judicialmente dentro del Reino; y cuando se trate de un cofiador judicial.

XV. En cuanto a las consecuencias del cese del beneficio de división, en los supuestos en los que el beneficio de división cesa por renuncia del mismo por parte de los cofiadores o porque los cofiadores se han obligado solidariamente con el deudor, la consecuencia para el cofiador a quien el acreedor le reclama toda la deuda es pagar íntegramente la misma, aunque podrá reclamar de cada uno de los otros cofiadores la parte que proporcionalmente les corresponde satisfacer. En los supuestos en los que el beneficio de división cesa por concurso de un cofiador o cuando el cofiador no puede ser demandado judicialmente dentro del Reino, las consecuencias para el cofiador o cofiadores que no se encuentren entre dichos supuestos son, además de pagar la cuota que les corresponde, la

de pagar proporcionalmente la cuota de quienes se encuentren en alguno de dichos supuestos.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 29 de mayo de 1897
- STS de 5 de julio de 1911
- STS de 29 de octubre de 1915
- STS de 8 de mayo de 1916
- STS de 22 de noviembre de 1916
- STS de 31 de marzo de 1927
- STS de 1 de junio de 1929
- STS de 29 de abril de 1931
- STS de 7 de octubre de 1933
- STS de 4 de diciembre de 1950
- STS de 25 de febrero de 1958
- STS de 6 de marzo de 1961
- STS de 25 de febrero de 1968
- STS de 5 de junio de 1968
- STS de 7 de diciembre de 1968
- STS de 25 de abril de 1969
- STS de 30 de junio de 1969
- STS de 16 de junio de 1970
- STS de 15 de marzo de 1972
- STS de 7 de abril de 1975
- STS de 17 de junio de 1985
- STS de 3 de octubre de 1985
- STS de 31 de enero de 1986
- STS de 16 de octubre de 1989
- STS de 20 de octubre de 1989
- STS de 29 de octubre de 1991
- STS de 7 de marzo de 1992
- STS de 14 de febrero de 1997
- STS de 20 de enero de 1999
- STS de 21 de febrero de 2003
- STS de 26 de mayo de 2004
- STS de 15 de abril de 2005
- STS de 20 de febrero de 2008
- STS de 13 de octubre de 2009
- STS de 13 de abril de 2016
- STS de 27 de enero de 2020
- STS de 12 de noviembre de 2020
- SAP de Pontevedra de 15 de octubre de 1999
- SAP de Toledo de 7 de octubre de 2020
- Auto del TJUE de 19 de noviembre de 2015

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), *Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, Madrid.
- ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996), Consecuencias jurídicas del pago de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, 370-396.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988), *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada: COMARES.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972) La garantía patrimonial y sus formas, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 561-592.
- CARRASCO PERERA, A. (1992), *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, LA LEY
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: BOSCH CASA EDITORIAL,
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.ª ed., Madrid: REUS.
- COLÁS ESCANDÓN, A. M.^a, (2007), *Efectos del contrato de fianza: relaciones entre el acreedor, deudor principal y fiador*, Thomson-Aranzadi.
- CRISTÓBAL MONTES, A. (2003), El beneficio de la división en la cofianza, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 887-918.
- DE DIEGO, F.C., *Instituciones de Derecho civil español*, T. II,
- DELGADO ECHEVERRÍA, J (1986), *Elementos de Derecho civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Contratos y cuasicontratos*, de Lacruz Berdejo, J. L., Barcelona.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, Madrid: EDERSA.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1995), *Principio de Derecho civil*, T. tercero, Contratos, Madrid: Trivium,
- MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los Artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 735-786.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., (1985), *Solidaridad en la fianza*, Editorial Aranzadi.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2005), *Los efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia: Tirant lo Blanch,
- SCAEVOLA, Q. M. (1901), *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XVIII, Madrid, 609.
- (1953) *Código civil comentado y concordado*, redactado por E. Vázquez Gudín, tomo XVIII, Madrid, 596.

NOTAS

¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dir. Manuel Albaladejo, Madrid: EDERSA, 6.

² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.^a ed., Madrid: REUS, 763.

³ Díez-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 481.

⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. (1995), *Principio de Derecho civil*, T. tercero, Contratos, Madrid: Trivium, 399.

⁵ AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972) La garantía patrimonial y sus formas, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1, 570 y 571. En parecido sentido, CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*, Barcelona: Bosch casa editorial, 63 y 64.

⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A., (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH, 117.

⁷ Mantiene esta posición, entre otros, CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.^a ed., Madrid: REUS, 763 y 764; ALBALADEJO GARCÍA, M., (2007) *Compendio de Derecho Civil*, 13.^a ed., EDISOFER, 315 y 316: Junto a la fianza normal, en la que el fiador se obliga *subsidiariamente* (en defecto del deudor). Es posible, también, que se obligue *juntamente* con el deudor —fianza llamada *solidaria*—. En cuyo caso (1831, 1.º y 2.º, y 1856, 1.º) el acreedor puede dirigirse *directamente* contra el fiador —y este no puede oponerle la excusión—, como si fuera deudor principal. Tal tipo de fianza es posible porque la esencia de la fianza es la garantía del acreedor, garantía que también se obtiene (y más fuertemente que la fianza normal) con la fianza solidaria. Así, pues, la *subsidiariedad* de la obligación del fiador es solo normal, pero no esencial.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., (1985), *Solidaridad en la fianza*, Editorial Aranzadi, 93: afirma que la responsabilidad del fiador tiene como presupuesto necesario el incumplimiento del deudor tratándose de una consecuencia del carácter accesorio que reviste siempre la obligación de garantía y no de la subsidiariedad.

Para Díez-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 483: la subsidiariedad no puede considerarse en modo alguno como una característica esencial al concepto de fianza, la subsidiariedad define la forma cómo la fianza se encuentra regulada en el Derecho Positivo del Código civil español. Sin embargo, mantiene que la subsidiariedad no debe identificarse con el beneficio de excusión, pues la subsidiariedad subsiste aunque la fianza se organice con renuncia de dicho beneficio.

⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada: COMARES, 88 y sigs.

⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 23 y 24. También mantiene esta posición DELGADO ECHEVERRÍA, J (1986), *Elementos de Derecho civil*, T. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, Contratos y cuasicontratos, de Lacruz Berdejo, J. L., Barcelona, 502 y 503.

¹⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código Civil... op. cit.*, 159.

¹¹ Díez-PICAZO, L. (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 503.

¹² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.^a ed., Madrid: REUS, 783.

¹³ Díez-PICAZO, L., (2008) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 503.

¹⁴ DE DIEGO, F.C., *Instituciones de Derecho civil español*, t. II, 368 y 369

¹⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 160.

¹⁶ En este sentido también se manifiesta ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza: Ámbito de responsabilidad*, Granada: COMARES, 159.

¹⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza...op. cit.*, 162. En igual sentido, Guilarte Zapatero, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 196.

¹⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código... op. cit.*, 199.

¹⁹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 199 y 200.

²⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 200.

²¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 184, mantiene que «La condición de realizables significa que los bienes deben pertenecer al deudor principal, que tengan el carácter de disponibles y que, por lo mismo, no se encuentran afectados por ninguna traba que impida su embargo y consiguiente ejecución por los trámites legales».

²² GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 182 y 183.

²³ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 199.

²⁴ De forma que, si el fiador no opone el beneficio de excusión luego que el acreedor le requiera para el pago, o el fiador opone el beneficio, pero no señala bienes del deudor o los señala, pero dichos bienes no son realizables en territorio español o insuficientes para el pago de la deuda, el fiador no podrá descargar la responsabilidad en el acreedor. En este sentido, la STS de 31 de marzo de 1927 mantiene que solamente habiendo observado inmediatamente después de requerido por el acreedor, como indica el adverbio luego, consignado en el artículo 1832, las condiciones expuestas en el mismo, podrá el fiador aspirar a descargar la responsabilidad inherente a la fianza sobre el acreedor. Si este hubiera procedido negligentemente en dirigir su acción con todos los elementos eficaces de que dispusiera contra el deudor, y que, por tanto, la declaración contenida en el artículo 1833 no puede amparar más que a los fiadores que hubieran cumplido la obligación impuesta en el artículo anterior.

²⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 190, 191 y 192.

²⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 188 y 189.

²⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza... op. cit.*, 308 y 309.

²⁸ SCAEVOLA, Q.M. (1953), *Código civil comentado y concordado*, redactado por E. Vázquez Gudín, tomo XVIII, Madrid, 596.

²⁹ ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza... op. cit.*, 312 y nota pie 40.

³⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 191.

³¹ ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza... op. cit.*, 315, se plantea la cuestión de «qué sucede cuando el fiador opone debidamente el beneficio de excusión, y el acreedor no intenta la excusión de los mismos, sin que se produzca la pérdida de dichos bienes y, por tanto, la insolvencia del deudor, y el acreedor vuelve a dirigirse al fiador; parece que no se puede aplicar a este supuesto el artículo 1833, puesto que la negligencia de su comportamiento no determina la insolvencia del deudor y, por tanto, no se puede hacer responsable al acreedor; pero en este caso cabe pensar que el fiador puede oponerle la designación ya realizada».

³² Cuando el artículo 1833 del Código civil dice que el acreedor es responsable, mantiene CARRASCO PERERA, A. (1992), *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, LA LEY, 52, que la expresión «Es responsable» no sugiere ninguna responsabilidad obligacional por el incumplimiento de una obligación, sino «liberación» del fiador (en todo o en parte) en virtud de una carga que pesa sobre el acreedor.

³³ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 168.

³⁴ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 168.

³⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a, *Comentarios al Código civil Español*, Madrid, 1973, 497.

³⁶ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 218 y 219.

³⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 216 y 217.

³⁸ ALVENTOSA DEL RÍO, J., (1998), *La fianza... op. cit.*, 247.

³⁹ MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 740.

⁴⁰ MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 740.

⁴¹ SCAEVOLA, Q.M. (1901), *Código civil comentado y concordado extensamente*, tomo XVIII, Madrid, 609.

⁴² GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 227.

⁴³ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil... op. cit.*, 231.

⁴⁴ La STS de 13 de abril de 2016 afirma que «el régimen de la fianza solidaria en nuestro Código civil viene presidido por una clara relación de consorcio (consortium) de los fiadores que se proyecta tanto en el régimen de aplicación, en donde los cofiadores

se sitúan en el mismo plano respecto de la obligación garantizada, de forma que una vez realizado el pago por uno de ellos, que directamente libera al resto, nace una acción de reintegro frente a los restantes fiadores (arts. 1844 y 1145 CC), como también en la forma de constituir la garantía, de modo que para su validez se requiere la participación de todos los fiadores, como presupuesto de validez de esta modalidad de garantía. De no ser así, el especial vínculo de solidaridad no surge y, por tanto, no puede ser exigido.

Esta nota del consorcio también queda claramente reflejada en el fundamento de la obligación recíproca de los cofiadores por el riesgo de insolvencia de uno de ellos, en el desenvolvimiento de la acción de reintegro, tal y como la establece el párrafo segundo del artículo 1844 del Código civil: "Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de este recaerá sobre todos en la misma proporción".

⁴⁵ En este sentido la Sentencia de 15 de octubre de 1999 de la AP de Pontevedra, Sección 2.ª, mantiene que: «Dado que en el contrato arrendaticio existen dos fiadores, según su estipulación 6.ª, la obligación de responder de las deudas de la entidad arrendataria se debe dividir entre ellos, de acuerdo con el artículo 1837 del Código civil, al no haberse estipulado la solidaridad de los mismos». También la STS de 6 de marzo de 1961 sostuvo que «al no resultar de la referida obligación pactada fórmula alguna de solidaridad, esta no puede presumirse, conforme se desprende del artículo 1837 del Código civil, y frente a la concurrencia de dos fiadores, es indudable que conforme al invocado precepto del artículo 1837 del referido cuerpo legal, la obligación de responder de la deuda de tal prestatario se divide entre ambos fiadores, no pudiéndose reclamar por el acreedor de cada uno más que la parte que le corresponda». De igual forma se pronunció la STS de 5 de junio de 1968.

⁴⁶ La doctrina entiende: 1.º Que el beneficio de división presupone siempre la solidaridad o la responsabilidad de cada cofiador por el total. 2.º Que, en su virtud, el acreedor debe reducir su acción a la parte de cada uno. 3.º Que la división de la acción debe materializarla el acreedor solo, entre los cofiadores solventes en el momento de interponer la demanda.

⁴⁷ En idéntico sentido se manifiesta GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 229: «es impropio hablar de beneficio de división sino se ha partido del presupuesto de la solidaridad de los cofiadores».

CRISTÓBAL MONTES, A. (2003), El beneficio de la división en la cofianza, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 887-917, reconoce el beneficio de división en la cofianza en base a, que según él, la primera parte del artículo 1837 hay que entenderla en el sentido de que los varios fiadores han quedado vinculados de manera solidaria, ya que, en otro caso, resultaría por completo anodino y superfluo.

Más tajante es MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los Artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 754-755, al mantener que «en el Código no hay beneficio de división, sino una pluralidad de fiadores organizados bajo el principio de la parciariedad, y donde, por tanto, cada uno de los fiadores responde, por Ley, solamente de su parte de deuda...Y ello en puridad de conceptos significa: a) Que no cabe hablar de beneficio de división, porque este solo se entiende cuando inicialmente los fiadores están obligados solidariamente. b) Que el acreedor no puede reclamar a cada fiador más que la parte de deuda que le corresponde (art. 1837,1.º). c) Que puesto que la división de la deuda viene atribuida *ex lege*, el fiador no tiene que oponer ningún beneficio de división a la reclamación del acreedor; y si es que este reclama más de lo que corresponde al fiador, la excepción que este deba oponer es la excepción de *pluspetitio*. d) Que aun —en el caso anterior— si el cofiador no opusiera la excepción de *pluspetitio*, el Juez, de oficio, debería rechazar la reclamación del acreedor en aquella cantidad que excediera la cuota por la que se obligó el deudor».

⁴⁸ MANZANARES SECADE, A. (1986), La cofianza: Análisis de los artículos 1837 y 1844 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 574, 753. En el mismo sentido se manifiesta GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* op. cit., 229: «La fórmula del artículo 1837 me parece incongruente y, por lo mismo, la armonización de las dos partes que lo integran presenta grave dificultad, así como la solución de muchos de los problemas que tradicionalmente aparecen ligados al beneficio de división».

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de Obligaciones, Las particulares relaciones obligatorias*, 12.ª ed., Madrid: REUS, 787.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011), *Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2.º, Madrid, 886, mantiene que «el momento en el que debe usarse el beneficio de división es el de ser requerido para el pago de parte que exceda de la correspondiente al cofiador de que se trate».

⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 518.

⁵¹ RAMÓN FERNÁNDEZ, F. (2005), *Los efectos de la fianza entre los cofiadores*, Valencia: Tirant lo blanch, 288.

⁵² ALVENTOSA DEL RÍO, J. (1988), *La fianza...* *op. cit.*, 219.

⁵³ GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH, 138.

⁵⁴ En contra de tal adaptación y aplicar las cuatro causas del artículo 1831 del Código civil al beneficio de división: ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996), Consecuencias jurídicas del pago de la deuda por un cofiador, *Revista de Derecho Privado*, 378 y sigs.

⁵⁵ GULLÓN BALLESTEROS, A. (2006), *Comentario del Código civil*, Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial BOSCH, 139.

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (2008), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Editorial Aranzadi, 519.

⁵⁷ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* *op. cit.*, 248 y 439.

⁵⁸ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* *op. cit.*, 246-247.

⁵⁹ Sobre el estudio del artículo 1844 del Código civil, ver: ALCAÍN MARTÍNEZ, E. (1996), Consecuencias jurídicas del pago de la deuda por un cofiador», *Revista de Derecho Privado*, 370 y sigs.

⁶⁰ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* *op. cit.*, 247.

⁶¹ GUILARTE ZAPATERO, V. (1990), *Comentarios al Código civil...* *op. cit.*, 248.

1.6. Responsabilidad civil

Intervención de acreedores y cesionarios de los partícipes en el juicio de división de cosa común

Intervention of creditors and assignees of the participants in the division procedure

por

ALEJANDRO TOFIÑO PADRINO

Letrado de la Administración de Justicia

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

RESUMEN: En el marco de la división de la cosa común, el artículo 403 del Código civil reconoce tres facultades a los acreedores y cesionarios de los partícipes: oponerse a la división, concurrir a ella y, en ciertos supuestos, impugnarla si se realiza sin su concurso. El presente estudio, como su propio título sugiere, tiene por objeto analizar la intervención de los acreedores y cesionarios de los partícipes en el juicio de división de cosa común y en ejercicio de las facultades indicadas. Para ello se examina el instituto de la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados, previsto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, adaptándose a las particularidades del juicio divisorio, con especial atención a la exigencia de interés directo y legítimo, al momento de la entrada del tercero en el proceso, los requisitos de la solicitud, la decisión que resuelve la petición de intervención y sus efectos.

ABSTRACT: *Within the framework of the division of the object owned in common, Artículo 403 of the Civil Code gives three powers to the creditors and assignees of the participants: to dispute the division, to attend to it and in certain cases, to challenge it if it is carried out without their attendance. The purpose of this study, as its title suggests, is to analyse the intervention of the creditors and assignees of the participants in the division procedure of the object owned in common and in the exercise of the powers indicated. For this purpose, the institute of intervention of the characters originally neither plaintiffs nor defendants, as provided for in Artículo 13 of the Law on Civil Procedure, is examined, adapting it to the particularities of the division, with particular attention to the requirement of direct and legitimate interest, at the time of the entry of the third party into the process, the requirements of the application, the decision that resolves the request for intervention and its effects.*

PALABRAS CLAVE: Intervención de terceros. Juicio divisorio. Facultades de oposición. Concurrencia e impugnación de la división. Artículo 13 LEC.

KEY WORDS: *Intervention of third parties. Division procedure. Powers of opposition. Attendance and challenge of the division. Artículo 13 of the Law on Civil Procedure.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EFECTOS DE LA DIVISIÓN FRENTE A TERCEROS Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.—II. FACULTADES DE LOS ACREEDORES Y CESIONARIOS DE LOS PARTÍCIPES: 1. Oponerse a la división. 2. Concurrir a la división. 3. Impugnar la división consumada.—III. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE ACREEDORES Y CESIONARIOS. EL INTERÉS DIRECTO Y LEGÍTIMO.—IV. REGULACIÓN PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN. EL ARTÍCULO 13 LEC: 1. PRECLUSIÓN. 2. SOLICITUD. 3. DECISIÓN. 4. EFECTOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. INTRODUCCIÓN. EFECTOS DE LA DIVISIÓN FRENTE A TERCEROS Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Los efectos de la división frente al tercero se resumen en tres puntos:

1. Podrá concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso (art. 403 CC).
2. No puede ser perjudicado por la división, por lo que conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición (art. 405 CC).
3. Conservarán igualmente su fuerza, no obstante la división, los derechos personales que pertenezcan a un tercero contra la comunidad (art. 405 CC).

Antes de continuar con el análisis de las cuestiones fundamentales de esta intervención, realizaremos ciertas precisiones sobre qué ha entenderse por tercero toda vez que de la lectura de los preceptos en juego se desprende que su ámbito subjetivo es bien diferente. El artículo 403 del Código civil asimila a acreedores y cesionarios de los partícipes, de modo que podrán concurrir a la división de la cosa común y oponerse a la que se verifique sin su concurso, pero sin poder impugnar la división consumada, con las excepciones previstas.

Si la figura del acreedor no suscita, *prima facie*, ningún problema, englobando a los titulares de derechos de crédito no satisfechos en el momento de realizarse la división de los que sea deudor algún comunero, sucede lo contrario con la del cesionario. Al respecto explica ALBALADEJO GARCÍA¹ que, al cederle su parte un condueño, el cesionario pasa a ser a tener idéntica consideración jurídica, de modo que así habrá de ser tenido en cualquier operación, siempre que la cesión haya sido acompañada de tradición, producida en el momento en que el cesionario adquirió la propiedad de la parte cedida.

Pero esta explicación, de marcada tendencia igualitaria de cesionarios y condueños, contrasta con la dicción literal del precepto, además del espíritu de la ley, en lo referente a las facultades frente a la división. Efectivamente, si fuera real la equiparación resultaría que los cesionarios podrían ejercitar la acción de división por derecho propio en aplicación del artículo 400 del Código civil, y

carecería de identidad dicha mención, junto con los acreedores, del artículo 403 del Código civil, que prevé una intervención mucho más restringida que la otorgada a los condóminos.

El Profesor MIQUEL GONZÁLEZ², en un alarde de precisión y minuciosidad, frente a la doctrina que ha prestado sus esfuerzos con resultados genéricos o ambiguos en determinar quienes serán los cesionarios a los efectos del artículo 403 del Código civil, señala los siguientes:

a) Usufructuarios de una cuota-parte, esto es, los usufructuarios que traen causa de un comunero y cuyo derecho de usufructo recae sobre la parte de su causante. Los que no traigan causa de algún comunero solamente, no son cesionarios de un partícipe, y no entran en el artículo 403; son terceros en la división y a ellos se refiere el artículo 405 del Código civil.

b) Adquirentes de una cuota bajo condición suspensiva pendiente, aunque serán acreedores si se cumple la condición adquiriendo las cosas adjudicadas a su transmitente. Del mismo modo sucede con los que transmitieron bajo condición resolutoria aún no cumplida, ya que, de materializarse después de la división, recuperarán los bienes que se adjudiquen al que adquirió la cuota bajo dicha condición resolutoria.

c) Aquellos a quienes un comunero haya transmitido una parte material de la cosa común o cosas concretas del patrimonio colectivo. Con todo, parte de la jurisprudencia entiende que nada han adquirido al declarar nulas las ventas de bienes concretos, si bien ello no significa que no lo adquieran nunca y que tal venta sea nula radicalmente. Por otra parte, dicha jurisprudencia no es única y, a mayor abundamiento, resulta desacertada.

d) Aquellos a quienes lo que se cede son los bienes que al comunero se le adjudiquen en la división.

e) Acreedor hipotecario de una cuota, aunque no habría inconveniente en considerarlo como acreedor.

f) Adquirente de la parte que corresponda a un socio en una sociedad civil al no ingresar en la sociedad (art. 1696 CC).

Por su parte, ARANA DE LA FUENTE³ estima que el cesionario del artículo 403 del Código civil será aquel que, sin ingresar en la comunidad, ostente un derecho que derive de alguno de los comuneros (no de todos) y recaiga, precisamente, sobre la cuota de dicho comunero. Esta categoría de cesionarios está integrada por: a) Quienes ostentan un derecho real limitado sobre la cuota del comunero —usufructuarios de la cuota-parte de un comunero en la cosa común, el acreedor hipotecario—; y b) quienes sean titulares de un derecho personal frente al comunero porque han adquirido su cuota bajo condición suspensiva no cumplida en el momento de realizarse la división, han adquirido lo que al comunero le sea adjudicado al extinguirse la comunidad, tienen derecho a que el comunero les entregue una parte materialmente determinada de la cosa común, o son titulares del derecho a recomprar la cuota del comunero.

Por su parte, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁴, afirma que el cesionario del artículo 403 del Código civil es aquel que, «por la naturaleza de la comunidad —si por tal naturaleza la condición de comunero es de carácter personal— el cesionario no sustituya plenamente al cedente en la titularidad de la cuota».

Por el contrario, el artículo 405 del Código civil se refiere a aquellos que ostentan un derecho sobre la cosa común y su título deriva de todos los con-

dueños. La división de la cosa común en nada afecta al contenido económico de los derechos reales de estos terceros, toda vez que seguirán recayendo sobre aquella en su totalidad, ni de los derechos de crédito, ya que podrán exigir su cumplimiento a todos los que eran copropietarios de la cosa. Son los supuestos, por ejemplo, del usufructuario y del arrendatario de toda la comunidad.

II. FACULTADES DE LOS ACREEDORES Y CESIONARIOS DE LOS PARTÍCIPES

Pese a que el acreedor y el cesionario —entendidos estos en el sentido ya indicado— carecen de la condición de comuneros, son titulares de unas expectativas que la ley considera dignas de protección. Estas expectativas se concretan en la garantía de obtener el cobro de sus créditos con el patrimonio del comunero o cedente deudor (art. 1911 CC). Por ello, aunque los acreedores y cesionarios tengan la consideración de terceros ajenos a la comunidad, ostentan un interés legalmente atendible a que la división se realice sin menoscabo de sus créditos, especialmente dirigido a que el valor de la cuota del comunero deudor o cedente se mantenga, al menos por lo bajo, con respecto al de la porción obtenida en la adjudicación.

La STS de 28 de enero de 2011 (núm. 24), FJ 2.º, realiza una acertada síntesis de los derechos que el artículo 403 del Código civil concede a los acreedores y cesionarios, según el momento temporal en que se encuentra la división. Así declara: «El derecho que les reconoce el artículo 403 del Código civil es triple. La concurrencia, la oposición y la impugnación, en relación con la división. Concretando la primera, conocida doctrinalmente como «facultad de inspección» no va más allá de la concurrencia a la misma, para comprobar que la división se hace de una manera correcta, sin que se produzca fraude; es una intervención potestativa, sin que participen en la división propiamente dicha, pudiendo manifestar sus opiniones pero sin llegar a la partición directa como si se tratara de un comunero más. Distinto es el tema de la oposición, para salvaguardar los derechos de los acreedores, que se da en un momento anterior a la división, para garantizar los derechos de los acreedores (y cesionarios), como dijo la Sentencia de 31 de diciembre de 1985. Y en un momento posterior puede darse la impugnación de la división de la cosa común, por razón de fraude de los acreedores, como acción personal en la que el acreedor actúa *iure proprio*, como advirtió la Sentencia de 26 de abril de 1962, y por razón de haberse realizado una oposición de manera formal para impedirla; impugnación, en todo caso, que deja a salvo los derechos del copropietario para mantener la validez de la misma».

Veamos estos derechos más detenidamente, aunque no por el orden empleado por nuestro Alto Tribunal.

1. OPONERSE A LA DIVISIÓN

Para la STS de 31 de diciembre de 1985 (núm. 829), FJ 3.º, «el derecho de oponerse a la división, que hace referencia a un momento anterior a la división, se propone garantizar los derechos de los acreedores y cesionarios, titulares de dicho derecho, concibiéndose en favor exclusivamente de los acreedores y cesionarios de los condóminos, no pudiendo utilizarlo ningún otro causahabiente de aquellos; derecho que corresponde a los acreedores todos y no solo a los hipote-

tecarios o privilegiados, sino también a los de cualquier categoría, y a todos los cesionarios, tanto a título de enajenación como de permuta, donación, cesión u otra obligación de carácter real o personal; derecho, en fin, que corresponde a los tan repetidos acreedores y cesionarios individualmente, en el sentido de que la oposición produce efectos solo a favor del que la propone, no pudiendo aprovecharse de ella los demás acreedores o cesionarios, si los hubiere; debiendo dirigirse (como aquí se ha hecho, ciertamente) contra todos y cada uno de los copropietarios y no solo frente al deudor o cedente, porque la división que se va a realizar y contra la que se dirige la oposición, es de toda la cosa; bastando que se haga conocer a todos la oposición, sin que sea necesario que formalmente se interponga acto de oposición contra todos los comuneros».

Por tanto:

a) Este derecho hace referencia a un momento anterior a la división y con él se quieren garantizar los intereses de los acreedores comprometiendo en lo menos posible los actos definitivos de las divisiones ya realizadas. Como se encarga de precisar la propia ley, la oposición no es a la división en sí, sino a la que se verifique sin su concurso, como paso previo a la impugnación. En palabras de ABELLÁ RUBIO⁵, se trata de una facultad de vigilancia o policía, para poder cerciorarse de que la división se hace correctamente, sin que se incurra en fraude que tenga como consecuencia algún perjuicio respecto de sus créditos.

b) Se reconoce a todos los acreedores, sin distinción.

c) Esta facultad se reconoce individualmente, de tal manera que los efectos de la oposición formulada por un acreedor o cesionario no puede ser aprovechada por los demás que pudieran existir.

d) Ha de formularse contra todos los copropietarios.

e) Para que la oposición sea eficaz ha de hacerse conocer a todos, sin que se exija un adicional acto formal. Al decir de la STS de 7 de abril de 2004 (núm. 253), FJ 3.º, en el «artículo 403, [...], en su primer párrafo, se articula una posibilidad de que los acreedores concurren a la división y oponerse a la que se realice sin su concurso, lo que conlleva a que se les tenga que notificar esa conducta en pos de la división».

En cuanto a este último requisito, CRESPO ALLUÉ⁶ estima que no resulta preciso que la oposición sea formalizada notarial ni judicialmente; «Bastará que se haga conocer a los copropietarios la oposición del acreedor o cesionario a que se lleve a efecto la división sin su concurso, cualquiera que sea el medio utilizado. Lo importante es notificar la oposición, con independencia del medio de transmisión empleado». Por su parte, ABELLA RUBIO⁷ considera que no puede exigirse al acreedor o cesionario la notificación a todos los comuneros, porque puede no tener conocimiento de quiénes sean los componentes de la comunidad, además del deudor o cedente, para lo que será suficiente con que estos lo pongan en conocimientos de los demás comuneros.

2. CONCURRIR A LA DIVISIÓN

Este derecho hace referencia a un momento coetáneo a la división, lo que supone que, si se trata de una partición realizada por los interesados o por árbitros o amigables componedores, los acreedores podrán intervenir en las operaciones

particionales; y si se trata de una división judicial, tendrán derecho a concurrir en el correspondiente juicio divisorio.

Esta intervención del acreedor en la división judicial, con el propósito de comprobar que se hace de manera correcta sin que se produzca fraude (facultad de inspección)⁸, no es, en principio, en condición de parte, toda vez que no ejercitan un derecho propio. Es decir, su intervención está fundada en derecho del que es titular su deudor.

A efectos procesales estamos, a nuestro entender, ante un supuesto de intervención adhesiva prevista en el artículo 13 LEC, con los efectos allí contenidos y que se analizarán en el apartado correspondiente.

3. IMPUGNAR LA DIVISIÓN CONSUMADA

Este derecho está previsto para un momento posterior a la división ya que, en palabras de la ley, habrá de estar *consumada*, lo que implica que deberán haberse concluido las operaciones particionales con adjudicación de las diferentes partes a los condóminos según sus cuotas.

Su ejercicio está condicionado a la concurrencia de alguno de los dos siguientes presupuestos: que se haya realizado la división pese a la oposición formalmente interpuesta para impedirla o que se haya hecho en fraude de los acreedores. Por tanto, estos, los acreedores, en caso de intervenir en la división y aprobarla, no podrán después impugnarla por fraude, pero sí por cualquier otra causa (por ejemplo, lesión).

Para llevar a cabo la impugnación, las acciones a utilizar serán distintas para cada uno de los supuestos. Si se trata de impugnar la división realizada pese a mediar oposición, la acción será la de nulidad; de prosperar la división carecerá de validez al haberse practicado en contra de lo dispuesto en la ley. En cambio, si se trata de impugnar la división realizada con fraude, la acción será la rescisoria de los artículos 1111 *in fine* del Código civil —los acreedores *pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*— y 1291.3.º del Código civil —son rescindibles los contratos *celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba*—.

III. FUNDAMENTO DE LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE ACREEDORES Y CESIONARIOS. EL INTERÉS DIRECTO Y LEGÍTIMO

En líneas precedentes hemos señalado que el artículo 403 del Código civil reconoce a los acreedores y cesionarios la facultad de concurrir en la división de la cosa común, ya se realice entre los propios condóminos, ya se efectúe por tercero o tenga lugar en el curso de un proceso judicial. En el ámbito del juicio divisorio, esa concurrencia tendrá lugar mediante la puesta en marcha del instituto de la intervención procesal por la que un tercero, en nuestro caso el acreedor o cesionario de un partícipe, pretende su entrada o incorporación a un proceso pendiente entre otros litigantes.

Tal intervención, como reconoce CORDÓN MORENO⁹, no será *originariamente* en calidad de parte, pues los acreedores y cesionarios no son partícipes en la comunidad, sino poseedores de un interés directo en el resultado del pleito que les facultará a intervenir potestativamente *ex* artículo 13 LEC. Por tanto y como sostiene GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES¹⁰, con

la expresión 'intervención no originaria', se alude «a los supuestos en que un sujeto que no es inicialmente parte demandante ni demandada en el proceso (*parte originaria*) pero tiene un interés jurídicamente relevante y protegido en su resultado, adopta la decisión de insertarse en el mismo, porque el ordenamiento le legitima para ello, para desarrollar en su seno (como *parte sobrevenida*) la defensa de su posición jurídica, que se va a ver afectada por las resulas del proceso incoado entre aquellos».

El fundamento de la intervención se encuentra en el «interés directo y legítimo» que el tercero tiene en el resultado del pleito (art. 13.1 LEC) con el objetivo puesto en evitar el perjuicio que le podría deparar una resolución adversa a sus intereses o expectativas.

La doctrina científica ha criticado la alusión legal al *interés directo y legítimo*. Por citar dos ejemplos, según GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES¹¹, interés directo e interés legítimo poseen diferentes ámbitos, más amplio en este que en aquel, lo que implica que la conjunción copulativa «y» empleada por el legislador, que describe como situación cumulativa la de interés «directo y legítimo» no puede tenerse por correcta. Esta dicción legal ha llevado para parte de la doctrina a excluir la intervención adhesiva simple del alcance aplicativo del artículo 13.1 LEC ya que una interpretación literal de dicho precepto conduce a la inadmisión de la solicitud de intervención del tercero titular de un interés indirecto, no titular de la relación jurídica litigiosa, lo que para el autor referido resulta inaceptable. Por eso concluye afirmando que «lo que sucede es que el término «directo» está de más, y debiera suprimirse lo antes posible, para evitar estas incertidumbres y problemas hermenéuticos: o se especifica la situación legitimante en cada uno de los supuestos de intervención acogidos por el legislador, explicitándolos (algo que —[...]— la Ley no hace) o, si se quiere aludir a ellos de forma indiferenciada, basta y sobra con la referencia al interés legítimo, que abarca, en este ámbito, la posición jurídica discutida en el proceso, como de otra conexas o dependiente de ella, pero que en todo caso es susceptible de obtener un beneficio o sufrir un perjuicio en su esfera jurídico-protegida en virtud de los efectos (directos o reflejos) de la sentencia dictada en un proceso seguido “inter alios”». Por su parte, GARNICA MARTÍN¹² afirma que «la exigencia de que el interés sea directo no tiene nada que ver con la cuestión de que el interviniente se vea afectado de forma directa o indirecta (refleja) por la sentencia que deba recaer en el proceso en el que interviene, sino que persigue únicamente reforzar el tipo de interés que es exigible para que la intervención sea admisible»; opinión que no se comparte enteramente, como se expondrá más adelante.

Si quisiéramos ubicar la actuación de estos acreedores entre los diferentes tipos de intervención que la doctrina científica distingue, la que se ajusta a la prevista en el artículo 403 del Código civil es la intervención voluntaria adhesiva simple: a) voluntaria, porque la entrada en el proceso del tercero se produce a petición de este; b) adhesiva, pues no se fundamenta la intervención en la titularidad del derecho objeto del proceso; y c) simple, ya que el tercero es titular de una relación jurídica dependiente de la principal objeto del proceso que puede verse afectada por la sentencia que se dicte.

Es lo que se ha denominado intervención voluntaria con eficacia refleja¹³.

De esta manera resume la STS de 12 de abril de 2007 (núm. 424), FJ 1.º, la posición del interviniente adhesivo simple: «[...] supone que el tercero no es cotitular de la relación jurídico-material que se discute en el pleito, pero sí que le asisten derechos legítimos por ostentar la titularidad de una relación jurídico-conexa con la cuestión litigiosa, es decir que si bien no es titular de un derecho,

sí lo es de un interés legítimo que puede verse afectado por el resultado del pleito, y por tanto cuenta con la suficiente carga legitimadora para que su intervención en el litigio se haga necesaria, adquiriendo condición de parte litigante plena que opera en posición procesal de intervención litisconsorcial, por cumplir la misma función en concordancia armónica con el artículo 24 de la Constitución, que tutela de modo general cualquier derecho o interés legítimo, lo que conlleva la posibilidad de poder ser examinada de oficio, tanto por el Juzgado como por el Tribunal, que ostentan jurisdicción para la estimación de excepción, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial que declara el deber de los juzgadores de velar porque el litigio se desarrolle con la presencia de todos los que pueden resultar interesados en aras de mantener la veracidad de la cosa juzgada (Sentencias de 5 de noviembre de 1991, 13 de mayo de 1993 y 17 de abril de 2000, entre otras muy numerosas)».

Así también en la denominada jurisprudencia menor¹⁴.

Examinamos seguidamente cómo se materializa la intervención.

IV. REGULACIÓN PROCESAL DE LA INTERVENCIÓN. EL ARTÍCULO 13 LEC

1. PRECLUSIÓN

La entrada del acreedor o del cesionario puede producirse en cualquier momento del proceso; la ley exige únicamente que se encuentre pendiente (art. 13.1 LEC). La doctrina distingue entre el momento inicial o *dies a quo*, a partir del cual el tercero podrá solicitar su intervención, y el final o *dies ad quem*, cuando el proceso deja de estar pendiente y, por tanto, desaparece para el tercero la posibilidad de la actuación procesal que estamos analizando. La cuestión remite, por tanto, a los momentos inicial y final de la litispendencia: aquel se produce con la interposición de la demanda, si es admitida a trámite (art. 410 LEC); este, con la firmeza de la resolución que pone fin al litigio, ya sea sentencia que resuelve sobre el fondo del asunto, ya auto o decreto, según los supuestos, que declare la terminación anormal del proceso. Esto último implica que podrá darse tanto en la primera instancia como en los recursos¹⁵.

2. SOLICITUD

El artículo 13.2 LEC habla de *solicitud de intervención*, sin exigir forma determinada alguna, por lo que basta un escrito que deberá estar firmado por abogado y procurador según las normas generales de los artículos 23 y 31 LEC.

Para GONZÁLEZ PILLADO¹⁶ dicho escrito ha de tener el siguiente contenido: datos de identificación del solicitante, su voluntad de entrar en el proceso como parte del mismo, la posición activa o pasiva que quiere ocupar y la fundamentación de su intervención. Junto a la solicitud se acompañarán los documentos que acrediten el interés legítimo en el resultado del pleito —exigencia que resulta explícita de los propios términos del apartado 1.º del referido artículo 13 LEC—, además de aquellos de carácter procesal relacionados en el artículo 264 LEC.

También se exigen al interviniente los requisitos de capacidad para ser parte y capacidad procesal, en los mismos términos que para las partes del proceso.

3. DECISIÓN

Sin suspenderse el curso del procedimiento, se resolverá por auto, previa audiencia a las partes por el plazo común de diez días (art. 13.2 LEC). Prevé la ley procesal, pues, la sustanciación de un incidente contradictorio con la finalidad de proporcionar al órgano decisor de los materiales necesarios para resolver la solicitud del tercero.

Durante el tiempo en que se alargue la tramitación del mismo, el proceso principal seguirá su curso. La ausencia de efecto suspensivo es justificada por GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES¹⁷ como «consecuencia de uno de los principios generales que ha de inspirar toda intervención, que es el de que la entrada en el proceso de alguien que —advírtase— hasta entonces es extraño a él, no debe perturbar dicho proceso en curso más de lo necesario (esto es, solo en lo que pueda tenerse por proporcional a las necesidades de tutela efectiva de su situación, en relación con la también necesaria y exigible protección cabal de los derechos e intereses de las partes del proceso)».

Algunos autores son partidarios de mitigar el rigorismo de la norma si las circunstancias concurrentes lo exigen. Es el caso de MONTERO AROCA¹⁸ al afirmar que, «admitida la lógica de la regla, [...], debe atenderse a la aplicación racional de la misma, pues esa aplicación no puede suponer que se prive al interviniente del contenido mismo de la intervención. Es evidente en este sentido que si el tercero formula su escrito de intervención dentro del plazo para preparar el recurso contra la sentencia, que ha sido notificado solo a las partes iniciales, ese plazo no puede seguir corriendo, de modo que al final del mismo, si aún no se ha dictado el auto de admisión de la intervención, la posibilidad del recurso ha precluido».

El criterio principal a que debe atender la autoridad judicial para resolver este incidente estriba en determinar si el interés alegado y acreditado por el tercero tiene la relevancia para permitir su intervención en el proceso. En esta dirección, GARNICA MARTÍN¹⁹ entiende que «no está justificada la intervención cuando el único interés que puede ser aducido por el interviniente es de mero hecho, es decir un interés indirecto, como ocurre en el caso del interés que los acreedores del demandado pueden tener en que no pierda un litigio a consecuencia del cual puede disminuir su patrimonio, lo que a su vez puede disminuir la garantía de sus créditos. [...]. Lo mismo podría ocurrir en supuestos de interés moral, es decir, el que pudiere tener un tercero en un pleito de familia que pudiera afectar a su buena reputación». Reitera esta postura GONZÁLEZ PILLADO²⁰, pues entiende que debe descartarse «que el interés del tercero sea únicamente moral (interés en que gane una de las partes por la existencia de relaciones de amistad con ella); tampoco es suficiente con un interés de mero hecho, como pueda ser el económico (interés del acreedor en que no sea condenado el demandado para así evitar que su patrimonio se reduzca, al ser él también su deudor); finalmente, se excluye también que el interés consista exclusivamente en la defensa de la ley o en obtener una sentencia justa o crear un precedente jurisprudencial»²¹.

Concluye la anterior autora que el interés del tercero «debe ser jurídico, o lo que es lo mismo, jurídicamente tutelable para que se le permita acudir al proceso en su defensa». Refiriéndose al mismo concepto, en la doctrina se ha hablado también de interés cualificado²², legítimo²³ y propio²⁴. En cualquier caso, se coincide en que el fundamento de la intervención del tercero en el proceso es evitar los perjuicios que los efectos reflejos de la sentencia puedan causarle.

Debemos añadir ciertas precisiones que, si referidas fundamentalmente al interés económico identificado con el interés de mero hecho, y consiguientemente, impositivo de la entrada del tercero titular de dicho interés —en nuestro caso, del acreedor o cesionario del partícipe— en el proceso, son igualmente predicables del interés moral o altruista. Afirma MONTERO AROCA²⁵ que «la sentencia por la que se priva a una de las partes de la propiedad de un bien, no es condicionante de la relación jurídica que une a esa parte con un acreedor; pero este se ve afectado por ella, no jurídicamente, puesto que su crédito continuará existiendo con su misma naturaleza jurídica, sino económicamente, al disminuir el patrimonio del deudor». Es cierto que el interés del acreedor tiene carácter económico, pero lo es porque la relación que le une con una de las partes del proceso tiene la condición de negocio jurídico patrimonial y, además, puro en la terminología empleada por DÍEZ-PICAZO²⁶, esto es, su contenido y su finalidad son exclusivamente económicos. Siendo esto así, no buscará el acreedor pretender otro interés que satisfacer económicamente su crédito y, por esto mismo, no puede excluirse indiscriminadamente su intervención en el proceso. Como afirma OROMÍ VALL-LLOVERA²⁷, «no cabe negar que estos terceros, afectados de mero hecho, mantienen cierta conexión con el proceso, pues la resolución que se dicte en el mismo puede afectar a la relación jurídica titularidad del tercero y empeorar su situación. Nada parece impedir, por tanto, su admisión en el proceso como intervinientes». Advierte esta autora que dicha intervención «debe entenderse en sus justos términos: se tratará de una intervención simple en la que, [...], el tercero no goza de actuaciones procesales ilimitadas, excepto cuando su intervención se dirija a combatir una confabulación fraudulenta entre las partes originarias en su perjuicio». Admite, por tanto, la actuación del tercero con interés económico en el proceso, si bien solo gozará plenamente de las facultades procesales cuando medie una intención fraudulenta de las partes iniciales. Más restringida es la postura de GONZÁLEZ PILLADO²⁸ toda vez que exclusivamente considera factible la intervención del tercero titular de un interés económico, si concurre confabulación de las partes originarias contra él. Así, después de reconocer que «en determinados casos ese interés exclusivamente económico se convierte en un interés jurídicamente protegible, permitiendo entonces la intervención adhesiva simple», circunscribe esta posibilidad a «aquellas situaciones en que el proceso entre las partes originarias sea fraudulento y se inicie con el único objetivo de causar un perjuicio al tercero, quien deberá acreditar precisamente esa circunstancia, esto es, la confabulación de las partes en su contra».

Hemos considerado pertinente incluir estas afirmaciones doctrinales, pues a partir de ellas podemos abordar la intervención de los acreedores de un partícipe en la división judicial de la cosa común. Dada la peculiar naturaleza del juicio divisorio, la injerencia de los acreedores ofrece ciertas singularidades. Se trata de un claro ejemplo de intervención de un tercero en el proceso entablado por otros con una finalidad exclusivamente económica, es decir, con el objetivo de garantizar un provecho económico que es consecuencia de las relaciones jurídicas concertadas con una o con las dos partes originarias. Pretenderán los acreedores, más que la defensa de la postura esgrimida por una u otra parte inicial, desplegar una conducta procesal de supervisión o vigilancia de sus intereses, evitando el perjuicio que a sus legítimas expectativas supondría un proceso pactado entre el demandante y el demandado con la intención de provocar ciertos efectos reflejos de la sentencia. Pero no solo pretenderán garantizar que el proceso judicial de división de la cosa común no altere, mediante maquinaciones fraudulentas de las partes iniciales, la viabilidad del cobro de sus créditos —garantizado con la

conversión del valor de la cuota ideal del partícipe deudor en una porción de valor proporcional, generalmente dinero, obtenida en la adjudicación—, sino también asegurándose un correcto desarrollo de las fases procesales y de los instrumentos de ataque o defensa de los intervinientes iniciales que desemboque en una resolución del tribunal que no perjudique sus pretensiones. En suma, de ser así, procurarán hacer uso de los medios de impugnación previstos al efecto. Como previene LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ²⁹, «el tercero realmente interviene en el proceso para “vigilar” la conducción y la defensa procesal que del objeto del proceso realicen las partes».

Si no es esa finalidad, digamos, económica, ¿qué otras pueden pretender los acreedores?, y por esto mismo, ¿debe quedar excluida toda posibilidad de intervención en el juicio divisorio, que reconoce el propio del Código civil, por atender a un propósito económico? Descartamos lo anterior, por una razón fundamental: porque pese a su relevancia económica, se trata de un interés protegido por el ordenamiento jurídico. Nos explicamos. La tutela que el del Código civil brinda en su artículo 403 a los acreedores de un comunero se materializa en tres facultades previstas para tres momentos distintos de la división: 1) oponerse a ella, lo que se remite a un momento anterior a su realización; 2) concurrir a la división, que se refiere al instante coetáneo a las operaciones divisorias; y 3) impugnar la división consumada, facultad prevista para una ocasión ulterior a la división y cuando se dé alguno de los presupuestos señalados en el precepto. En relación a la segunda, señala BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO³⁰ que «la palabra “concurrir”, derivada de la latina “concurrere”, significa juntarse en un mismo lugar y tiempo, participar, intervenir, asistir, en definitiva, a la división. Esto quiere decir, que si se trata de una división realizada por los interesados o por árbitros o amigables compondores, los acreedores y cesionarios tendrán derecho a intervenir en las operaciones particionales; y si se trata de una división judicial, podrán también intervenir en el oportuno juicio divisional». Así pues, la concurrencia prevista en el Código civil no puede ser anulada con fundamento en que el propósito del acreedor es económico. Pero esta conclusión, relativa a los acreedores de un partícipe, no puede —no debe— hacerse extensiva a cualquier otro acreedor de un deudor. En efecto, fuera del caso de los acreedores de un comunero deudor implicado activa o pasivamente en un proceso judicial promovido con la intención de dividir la cosa común, el interés de los acreedores es protegido mediante la concesión de facultades distintas, o mejor, no totalmente coincidentes a las señaladas. Ciertamente, estos acreedores, si pretenden impugnar los actos realizados fraudulentamente por el deudor contra sus intereses, deberán acudir a las acciones de los artículos 1111 *in fine* y 1291.3.º del Código civil, ya que entre los medios de protección de sus créditos no se encuentra concurrir al juicio que se promueva contra sus deudores, pues se trata de una facultad específicamente prevista para los acreedores de un partícipe que tiene al propio tiempo la condición de deudor suyo. Así las cosas, cabe preguntarse qué especialidad tiene el interés de los acreedores del artículo 403 del Código civil, que les permite, en nuestra opinión, acceder al proceso, y que no ostenta el interés de los acreedores que no se hallan en tal situación. Dicho en otras palabras, tanto los acreedores en que coinciden las circunstancias del artículo 403 del Código civil como los que no, presentan un interés legítimo que trae causa de una relación subyacente a la principal que se discute en el proceso que puede verse alterada por los efectos de la sentencia que se dicte, pero aquellos podrán interesar y obtener la intervención en el pleito, y estos otros no. La razón de ser de esta diferencia radica en la existencia de un interés legítimo por cuanto protegido en la particular forma

prevista en el ordenamiento, tenga o no dicho interés un contenido puramente económico. La STC 62/1983, de 11 de julio (BOE núm. 189 de 9 de agosto de 1983) tiene dicho que el concepto de interés legítimo «hace referencia a la idea de un interés protegido por el Derecho, en contraposición a otros que no son objeto de tal protección. En la STC 93/1990, de 23 de mayo (BOE núm. 147 de 20 de junio de 1990) se afirma que el interés legitimador requiere que «derive directa o indirectamente de una norma jurídica».

Es decir, es el propio ordenamiento el que determina si un interés es digno de protección (y por tanto legítimo) o no, y —añadimos nosotros— de serlo, en qué forma se tutela. Aquí radica la diferencia de facultades entre los acreedores de un comunero que interviene en un juicio divisorio, cuya intromisión es prevista expresamente por el del Código civil, y los acreedores de ese mismo comunero pero en un ámbito distinto del referido juicio, que no tienen reconocida dicha facultad, pese a que el interés de unos y otros es igualmente legítimo³¹.

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que la entrada del tercero en el proceso como interviniente adhesivo simple exige un interés legítimo que se concreta en los siguientes presupuestos acumulativos: 1) la intención de evitar posibles perjuicios como consecuencia de los efectos reflejos de la sentencia que se dicte, y 2) que la intervención esté prevista en la ley, directa o indirectamente, en palabras del Tribunal Constitucional³².

Además, consecuentemente, no compartimos la postura que defiende que los terceros acreedores no podrán intervenir en el proceso divisorio, salvo que concurra un concierto fraudulento entre demandante y demandado, reduciendo la facultad prevista en el artículo 403 del Código civil a los limitados supuestos de fraude. Dicha afirmación no resulta del todo exacta en relación a la concurrencia permitida por el artículo 403 del Código civil pues de sus términos se desprende, como ya se ha mencionado, que los acreedores podrán intervenir en las operaciones divisorias, además de impugnar la división consumada en las circunstancias que prevé el precepto, entre ellas, cuando la división se haya hecho en fraude de aquellos. Es decir, la intervención y la impugnación se establecen en el precepto legal como facultades distintas para momentos diversos, sin que, por tanto, se configure la actuación fraudulenta de los partícipes como presupuesto habilitante de la intervención de los terceros acreedores.

Como el artículo 13 LEC no especifica los medios de impugnación del auto que resuelve el incidente, habrá que acudir a las normas generales en la materia. Sin embargo, no todos los autores coinciden en el resultado de dicha remisión. Para un sector doctrinal³³, el auto que admite la intervención del tercero será susceptible de recurso de reposición por aplicación de lo dispuesto en el artículo 451 LEC, mientras que la resolución denegatoria podrá ser objeto de apelación *ex* artículo 455 LEC, al entender que para el tercero tiene carácter definitivo³⁴. Otros, por el contrario, consideran que solo resulta posible ejercitar contra el auto el recurso de reposición, ya que a su juicio se trata de una resolución interlocutoria³⁵.

4. EFECTOS

Si la intervención es admitida, el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte

del procedimiento por cualquier otra causa (art. 13.3, párr. 1.º, LEC). MONTERO AROCA³⁶ resume de esta manera la amplitud de la intervención: «[...] el tercero al intervenir persigue evitar unos perjuicios y ello supone que en algunos casos su actuación puede limitarse a coadyuvar a la victoria de una de las partes, apoyándola con alegaciones y medios de prueba, pero en otros tendrá que suplir la inactividad de la parte originaria e incluso es posible que tenga que enfrentarse a ella cuando se trate de un proceso fraudulento o simulado. Al intervenir el tercero lo hace para defenderse a sí mismo. Si la finalidad de la intervención se redujera —como pretende la mayoría de la doctrina— a apoyar, colaborar, coadyuvar a la victoria de una de las partes originarias, en buena parte de los casos la intervención no sería útil ni económica. De ahí que la única solución práctica consista en reconocer al interviniente la condición de parte, que es lo que ha hecho el artículo 13.3 LEC».

Ahora bien, pese al reconocimiento de la condición de parte al tercero, «a todos los efectos» en la terminología legal, los órganos jurisdiccionales y la doctrina destacan que el peculiar fundamento de la intervención del tercero justifica que sus facultades procesales no sean exactamente las mismas que las de las partes iniciales. La STS de 28 de junio de 2011 (núm. 463), FJ 5.º, entiende la intervención en los siguientes términos: «[...] la intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil, queda definida por estas notas esenciales: no le asiste la facultad de promover el juicio, ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él, puede ayudar la gestión del litigante a quién se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no solo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria»³⁷.

Analizamos seguidamente la extensión de las facultades reconocidas al tercero:

— Podrá el interviniente efectuar las *alegaciones* que estime pertinentes encaminadas a defender sus intereses (art. 13.3, párr. 2.º, LEC). Como las actuaciones no se retrotraen pese a la admisión de la intervención, se permite al interviniente realizar las alegaciones necesarias para su defensa si no pudiere realizarlas por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso³⁸.

De estas alegaciones el letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, por plazo de cinco días, obviamente para que formulen, a su vez, las manifestaciones que tengan por conveniente. Dice al respecto el AAP de Pontevedra, Secc. 1.ª, de 29 de abril de 2009 (núm. 66), FJ 4.º, que «el interviniente podrá hacer suyas las pretensiones formuladas por la parte a cuya posición procesal se incorpora pero que podrá formula[r] autónomamente las que estime pertinentes si tuviera oportunidad procesal para ello; tal y como sucederá si se hubiera incorporado antes de que hubiera transcurrido el plazo para contestar a la demanda (art. 406 LEC), en cuyo caso podrá no solo contestarla sino incluso formular reconvencción. Es decir, que para el caso de la intervención simple o por conexidad, como es la que ahora debatimos, no existe óbice procesal para que la apelante pueda pretender una declaración distinta o complementaria de la originaria parte actora». El ejercicio de esta facultad no conllevará en ningún caso la ampliación del objeto del proceso, ya que como declara la STS de 3 de septiembre de 2015 (núm. 454), FJ 3.º, «lo fijan las partes como consecuencia del principio dispositivo y de rogación, quedando delimitado por los escritos de demanda, contestación, reconvencción y oposición a la misma, sin que las par-

tes puedan introducir variaciones sustanciales en virtud de la prohibición de la «*mutatio libelli*» (SSTS núm. 146/2011, de 9 de marzo y la núm. 215/2013 bis, de 8 de abril, entre otras muchas).

— Podrá interesar la práctica de todos los medios de *prueba*, con independencia de las partes originarias. Su interrogatorio será en calidad de parte, no de testigo.

— En cuanto a los actos de disposición del proceso o sobre su objeto, no le es permitido al tercero renunciar, transigir ni allanarse, pues suponen actos de disposición de la relación jurídica que es objeto de discusión en el proceso y de la que no es titular el interviniente³⁹.

Respecto a los actos de disposición realizados por las partes iniciales, un sector de la doctrina estima que el interviniente ostenta legitimación suficiente para oponerse⁴⁰.

— Existe también división de opiniones sobre las posibilidades impugnatorias del tercero interviniente adhesivo. Un grupo de autores afirma que podrá recurrir de forma autónoma, esto es, independientemente de la actitud que asuma la parte originaria a la que haya podido adherirse⁴¹⁻⁴².

En contra de esta postura se pronuncian DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁴³, OROMÍ VALL-LLOVERA⁴⁴, GIMENO SENDRA⁴⁵ y LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ⁴⁶, que consideran que el interviniente adhesivo no podrá recurrir las resoluciones judiciales en contra de la voluntad de la parte coadyuvada⁴⁷.

— En múltiples ocasiones se ha reiterado que el interviniente adhesivo es titular de una relación jurídica conexa o dependiente de la que es objeto de debate en el pleito y que su legitimación para intervenir deriva, precisamente, de los perjuicios que la resolución definitiva que se dicte pueda ocasionarle. En su virtud, el interviniente no puede ser condenado en la *sentencia* que se limitará a resolver la controversia surgida en torno a la relación principal de la que son titulares las partes originarias. Por idéntica causa, en palabras de MONTERO AROCA⁴⁸, «la sentencia no producirá efectos de cosa juzgada para el interviniente. Si partimos de la base de que el tercero queda legitimado para intervenir por el perjuicio que la eficacia refleja de la cosa juzgada pudiera llegar a ocasionarle, pero que no es titular de la relación jurídica deducida en el proceso y que no existe pronunciamiento sobre su relación jurídica, parece claro que no le afectarán los efectos propios de la cosa juzgada»⁴⁹.

— En materia de *costas*, se argumenta que el tercero debe asumir los gastos de la intervención pues su injerencia en el proceso tiene carácter voluntario fundamentada, exclusivamente, en la intención de intervenir para la defensa del interés que posee en no verse perjudicado por los efectos reflejos de la resolución final. Por este motivo no puede darse un pronunciamiento en costas, ni en favor ni en contra del interviniente adhesivo simple. En esta línea se pronuncia la SAP de Barcelona, Secc. 13.^a, de 12 de junio de 2012 (núm. 353), FJ 2.º: «[...] nunca será sujeto activo o pasivo de la condena en costas, pues contra o frente al interviniente no hay pretensión alguna, ni, por tanto, se puede considerar que, gane o pierda la parte principal con la que se alinea, se ha estimado o desestimado la «pretensión» del interviniente simple, el cual, por definición ni la ejerce ni la sufre». Así como la SAP de Barcelona, Secc. 13.^a, de 26 de noviembre de 2014 (núm. 493), FJ 4.º, que reproduce el argumento de la anterior resolución.

En este punto sobre las costas generadas por la intervención del tercero, GIMENO SENDRA⁵⁰ afirma: «al igual que el interviniente litisconsorcial, puede ser acreedor de una condena en costas derivada de su intervención, ya que al

tercero se le ha de tener por parte a todos los efectos (art. 13.3 LEC)». Idéntica doctrina sostienen LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ⁵¹ y SAMANES ARA⁵².

En buena lógica, lo estudiado hasta este punto desemboca, inexorablemente, a rechazar de plazo el juicio maximalista de quienes defienden que la intervención es meramente anecdótica. Son los casos de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS⁵³, para quien los acreedores particulares pueden concurrir, pero solo con facultades de control a fin de evitar que la división se haga en fraude o perjuicio de su derecho; y DÍEZ-PICAZO⁵⁴, al afirmar que la intervención de los acreedores y cesionarios no parece que llegue más allá de la pura presencia física o asistencia al acto. Podrán manifestar, en dicho acto, su opinión o consignar cuantas protestas consideren oportunas, si bien su voluntad no es decisiva sobre la forma de llevar a cabo la división.

V. CONCLUSIONES

I. El artículo 403 del Código civil reconoce tres facultades a los acreedores y cesionarios de los partícipes: oponerse a la división, concurrir e impugnarla si se realiza sin su concurso si, en este último supuesto, concurren determinadas circunstancias.

II. Acreedores y cesionarios, pese a su idéntico tratamiento legal, presentan un ámbito subjetivo diverso. La doctrina se ha centrado específicamente en la segunda figura, ofreciendo algunas propuestas de delimitación que coinciden en señalar que el derecho de esos cesionarios procede de algún comunero y no de la comunidad.

III. Cada una de las facultades atribuidas a los acreedores y cesionarios de los partícipes se corresponde con momentos distintos del *iter* divisorio. La oposición atañe a un momento anterior a la división y se refiere, no a la propia división, sino a que se lleve a cabo sin el concurso de esos terceros; la facultad de concurrir a la división se despliega en el momento coetáneo de su práctica, lo que implica la posibilidad de intervenir en las operaciones particionales; y, finalmente, la impugnación se materializa en un momento posterior a la división, en cuanto ha de estar consumada, exigiendo que se haya efectuado pese a la oposición formal de los acreedores o cesionarios, o bien en fraude de los derechos de estos últimos.

IV. En los supuestos de división judicial de la cosa común, las facultades de los acreedores y cesionarios se realizarán mediante el instituto de la intervención de sujetos originariamente ni demandados, de conformidad a las previsiones del artículo 13 LEC.

V. El fundamento de dicha intervención es el interés directo y legítimo que el tercero tiene en el resultado del pleito, a fin de evitar todo perjuicio que le podría deparar una resolución adversa para su deudor que ponga en peligro sus expectativas de obtener el cobro de sus créditos o la satisfacción de sus derechos.

VI. La entrada del tercero en el proceso puede tener lugar en cualquier momento siempre que aquel se halle pendiente.

VII. Su admisión o denegación tendrá lugar mediante auto, previa audiencia de las partes, para lo que el órgano judicial deberá examinar, ante todo, el interés alegado y acreditado por el tercero. Ese interés será, fundamentalmente, de tipo económico.

VIII. De admitirse la entrada del acreedor o cesionario, el tercero tendrá la consideración de parte, con ciertas limitaciones derivadas de la naturaleza de su

intervención, y podrá defender las pretensiones formuladas por alguna de las partes originarias o las que él mismo formule. Por tanto, podrá efectuar las alegaciones que estime pertinentes, interesar la práctica de medios de prueba y, aunque discutido en la doctrina, impugnar resoluciones. Por el contrario, no podrá realizar actos de disposición del objeto del proceso ni puede ser condenado en la sentencia.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC 62/1983, de 11 de julio (BOE núm. 189 de 9 de agosto de 1983).
- STC 93/1990, de 23 de mayo (BOE núm. 147 de 20 de junio de 1990).
- STS de 31 de diciembre de 1985 (núm. 829).
- STS de 7 de abril de 2004 (núm. 253).
- STS de 12 de abril de 2007 (núm. 424).
- STS de 28 de enero de 2011 (núm. 24).
- STS de 28 de junio de 2011 (núm. 463).
- STS de 3 de septiembre de 2015 (núm. 454).
- STS de 3 de febrero de 2015 (núm. 10).
- AAP de Asturias, Secc. 1.^a, de 22 de noviembre de 2011 (núm. 103).
- AAP de Baleares, Secc. 5.^a, de 27 de diciembre de 2005 (núm. 179).
- AAP de Barcelona, Secc. 19.^a, de 5 de febrero de 2010 (núm. 26).
- AAP de Castellón, Secc. 3.^a, de 17 de abril de 2009 (núm. 94).
- AAP de Guipúzcoa, Secc. 2.^a, de 8 de octubre de 2007 (núm. 2.114).
- AAP de Madrid, Secc. 11.^a, de 7 de marzo de 2007 (núm. 212).
- AAP de Jaén, Secc. 3.^a, de 17 de febrero de 2012 (núm. 11).
- AAP de Pontevedra, Secc. 1.^a, de 29 de abril de 2009 (núm. 66).
- SAP de Barcelona, Secc. 13.^a, de 12 de junio de 2012 (núm. 353).
- SAP de Barcelona, Secc. 11.^a, de 30 de julio de 2012 (núm. 387).
- SAP de Barcelona, Secc. 13.^a, de 26 de noviembre de 2014 (núm. 493).
- SAP de Cádiz, Secc. 5.^a, de 18 de febrero de 2009 (núm. 91).
- SAP de Ciudad Real, Secc. 1.^a, de 6 de noviembre de 2006 (núm. 326).
- SAP de Jaén, Secc. 1.^a, de 27 de abril de 2010 (núm. 103).
- SAP de La Coruña, Secc. 2.^a, de 22 de mayo de 2001 (núm. 252).
- SAP de León, Secc. 1.^a, de 19 de marzo de 2015 (núm. 69).
- SAP de Madrid, Secc. 13.^a, de 28 de octubre de 2014 (núm. 362).
- SAP de Madrid, Secc. 12.^a, de 14 de enero de 2015 (núm. 2).
- SAP de Pontevedra, Secc. 6.^a, de 11 de junio de 2015 (núm. 267).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁ RUBIO, J.M.^a, (2006). *La división de la cosa común en el Código civil*, Madrid: Dykinson: 3.^a ed.
- ALBALADEJÓ GARCÍA, M., (2011). *Derecho Civil 3: Derecho de bienes*, Madrid: Edisofer, S.L.: 11.^a ed. (rev. y puesta al día por E. Cordero Lobato).
- ARANA DE LA FUENTE, I., (2011). Comentario al título III del libro II: *De la comunidad de bienes* (arts. 392-406), en A. Cañizares Laso / P. de Pablo Contreras / J. Orduña Moreno / R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil Comentado* 1, Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 1545-1624.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- CORDÓN MORENO, F. (2012). Cuestiones sobre el proceso de división de la cosa común, en J.-L. Gómez Colomer / S. Barona Vilar / P. Calderón Cuadrado (coords.), *Juan Montero Aroca. El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia: Tirant lo Blanch, 483-498.
- CRESPO ALLUÉ, F. (1993). *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid: Lex Nova.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial 1: Introducción. Teoría del contrato*, Pamplona: Civitas Thomson Reuters: 6.^a ed.
- (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial 3: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Pamplona: Civitas Thomson Reuters: 5.^a ed.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (2011). epígrafe 32: Intervención procesal y sucesión procesal, en A. de la Oliva Santos / I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.: 2.^a ed.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2001). Comentario a los artículos 1 a 98, en J. Garberí Llobregat (dir. y coord.), *Los procesos civiles 1*, Barcelona: Bosch, (formularios elaborados por C. Duro Ventura).
- GARNICA MARTÍN, J.F. (2001). Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas, en *Revista del Poder Judicial* 62, 207-284.
- GIMENO SENDRA, V. (2015). *Derecho procesal civil 1: El proceso de declaración. Parte General*, Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas / Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- GONZÁLEZ PILLADO E. (2006). *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P. (2001). Comentario al artículo 13, en F. Cordon Moreno / T. Armenta Deu / J. J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1: Artículos 1 a 516*, Aranzadi, 181-195.
- LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. (2010). Comentario a los artículos 13 a 15, en V. Gimeno Sendra (dir.) / P. Morenilla Allard (coord.), *Proceso civil práctico 1*, Madrid: La Ley, 2010: 4.^a ed., 368-397.
- LORCA NAVARRETE, A.M.^a (2002). *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Madrid: Dykinson.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.^a (1985). Comentario a los artículos 397 a 406, en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales 5:2*, Madrid: Edersa, 1985, 383-534.
- MONTERO AROCA, J. (2007). *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona: Editorial Bosch.
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S. (2007). *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*, Madrid / Barcelona: Marcial Pons.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos reales. Derecho hipotecario 1*, Madrid: Centro de Estudios Registrales: 4.^a ed.
- REYES LÓPEZ, M.^aJ. (2014). La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los artículos 400 a 401 del código civil, en M.^aJ. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 303-340.
- SAMANES ARA, C. (2000). *Las partes en el proceso civil*, Madrid: La Ley.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2000). *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil: doctrina y jurisprudencia de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, Madrid: Dijusa.

NOTAS

¹ *Derecho Civil 3: Derecho de bienes*, Madrid: Edisofer, S.L., 2010: 11.^a ed. (rev. y puesta al día por E. Cordero Lobato), 399.

² Comentario a los artículos 397 a 406, en M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* 5:2, Madrid: Edersa, 1985, 502-503.

³ Comentario al tít. III del lib. II: *De la comunidad de bienes* (arts. 392-406), en A. Cañizares Laso / P. de Pablo Contreras / J. Orduña Moreno / R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código civil Comentado* 1, Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2011, 1609-1610.

⁴ *Derechos reales. Derecho hipotecario* 1, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001: 4.^a ed., 508.

⁵ *La división de la cosa común en el Código civil*, Madrid: Dykinson, 2006: 3.^a ed., 201.

⁶ *La división de la comunidad de bienes*, Valladolid: Lex Nova, 1993, 212.

⁷ *La división de la cosa común en el Código civil*, cit., 203.

⁸ REYES LÓPEZ, La acción de división en la comunidad de bienes. Análisis de los artículos 400 a 401 del Código civil, en M.^a J. Reyes López (coord.), *Comunidad de bienes*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, 316.

⁹ Cuestiones sobre el proceso de división de la cosa común, en J.-L. Gómez Colomer / S. Barona Vilar / P. Calderón Cuadrado (coords.), *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 491.

¹⁰ Comentario al artículo 13, en F. Cerdón Moreno / T. Armenta Deu / J.J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1: Artículos 1 a 516*, Aranzadi, 2001, 181.

¹¹ Comentario al artículo 13, *ibid.*, 186-188.

¹² Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas, en *Revista del Poder Judicial* 62, 2001, 249.

¹³ MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona: Editorial Bosch, 2007, 271, la explica en los siguientes términos: «La pluralidad de partes eventual puede producirse con base en una legitimación que no consiste en afirmar la cotitularidad de la relación jurídico-material deducida en el proceso por las partes iniciales, sino en afirmar la titularidad de otra relación jurídica que es dependiente de la primera, de modo que la decisión que en el proceso se adopte será hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda. Es el supuesto de la llamada eficacia refleja de la cosa juzgada».

¹⁴ SAP de Madrid, Secc. 12.^a, de 14 de enero de 2015 (núm. 2), FJ 14.^o y 15.^o: «DECIMOCUARTO.- [...]. Doctrinalmente, la intervención de terceros que inicialmente no tienen el carácter de demandante ni demandados, ha sido siempre un tema complejo, máxime cuando la regulación que, por primera vez en nuestro ordenamiento procesal civil, ha introducido, con carácter general, la Ley de Enjuiciamiento Civil no es todo lo clara que cabría esperar, habiendo dado lugar a la polémica sobre el tipo de intervención que regula, y en concreto si admite todas las que doctrinalmente están reconocidas.

En efecto, como es sabido, en el proceso civil la relación que engendra se constituye, en principio, única y exclusivamente entre demandante y demandado, siendo la parte activa la que delimita los términos subjetivos de esa relación, de manera que a esas partes principales se extienden los efectos del proceso.

Ahora bien, esta afirmación ha de ser matizada desde dos puntos de vista distintos. Así, por un lado, puede darse el caso de que un tercero reclame ser, frente a demandante y demandado, titular de un derecho propio que le interese le sea reconocido en el proceso abierto. Se trata en tal caso de la intervención principal.

Desde otro punto de vista, si bien la regla general es que el proceso es, para los que no son ni demandante ni demandados, *res inter alios acta*, no siempre se produce esa irrelevancia en la posición de determinados terceros que, por la posición que ocupan respecto a lo que es el objeto del proceso, pueden quedar afectados, en mayor o menor grado, por la resolución que le ponga fin. Se trata de la intervención adhesiva o simple.

Esta peculiar situación es la que da lugar al fenómeno de la intervención procesal en su sentido más propio y peculiar.

Y dentro de esta, se ha venido distinguiendo por la doctrina y la jurisprudencia, distintos tipos, que aluden, bien a la génesis o causa de la intervención, bien al grado de afectación que potencialmente es susceptible de ocasionar el proceso pendiente al tercero.

Desde el primer punto de vista, se distingue entre intervención voluntaria e intervención provocada, según que sea el tercero el que por sí decida comparecer con tal cualidad en un proceso abierto, o según que esa intervención se produzca por una llamada del demandado o, más raramente, del demandante.

En la intervención voluntaria el tercero comparece a fin de defender un derecho o un interés legítimo que puede verse comprometido, actual o potencialmente, por la resolución del litigio; en la provocada, por lo general, la llamada se efectúa para prefigurar un derecho de la parte principal que la efectúa frente a ese tercero (llamada en garantía), o por estar en posición de litisconsortes (llamada por causa común) o, en fin, por considerar que es el tercero el que debe responder frente al demandante en lugar del inicialmente demandado (*laudatio o nominatio auctoris*).

Lo importante, a los efectos que ahora hemos de considerar, es que la intervención voluntaria no representa para el tercero sino la «oportunidad» de comparecer, en defensa de su derecho o interés, que es ajeno y distinto al de las partes principales, mientras que en la intervención provocada se impone al llamado una «carga procesal», de forma tal que, aunque no comparezca, los efectos, tanto procesales como materiales, se producen.

La intervención voluntaria tiene siempre un origen espontáneo, determinado por el conocimiento por el tercero de la pendencia del proceso en el que le interesa participar, siendo indiferente, para calificar esa intervención, que la *notitia litis* le venga por cualquier conducto, tanto privado como a través de la comunicación que prevé el artículo 150.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tanto en un caso como en otro, la intervención voluntaria se caracteriza porque obedece exclusivamente al interés del tercero, en cuya protección se establece, mientras que en la intervención provocada, se entremezcla tanto este interés del interviniente como el de la parte principal que lo llama. Por eso, y porque la intervención provocada establece una auténtica carga, solo procede cuando un precepto legal específico la establece (art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), mientras que en la intervención voluntaria no puede efectuarse un catálogo cerrado de los supuestos en que procede, dada la diversidad de situaciones que pueden justificar el interés en intervenir, por lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil resuelve la definición del presupuesto de este tipo de intervención con una fórmula general por remisión a un concepto jurídico cual es el del «interés directo y legítimo» en el resultado del pleito.

DECIMOQUINTO.- Aun se ha de establecer otra distinción, que atiende al título jurídico que justifica la intervención. En esa tesitura se distingue entre intervención adhesiva litisconsorcial e intervención adhesiva simple. En la primera el interviniente es cotitular del derecho o de la obligación deducidos en juicio, hallándose en una posición, por tanto, en todo similar a demandante o demandado, respecto del objeto del proceso; con ello, se reconocen los supuestos de los litisconsortes necesarios preteridos, o más frecuentemente, la de aquellos que podrían constituir con alguna de las partes un litisconsorcio cuasinecesario, eventual o impropio. La intervención adhesiva simple el tercero no está justificada en la cotitularidad del derecho o de la obligación deducidos en juicio, sino un interés por ser titular de una relación jurídica conexa que puede verse afectada, aunque de modo reflejo o mediato, por el resultado del proceso. Se trataría, por tanto, de un interés legítimo, pero indirecto, en cuanto la decisión del pleito no se traduce en una afectación inmediata de la situación del interviniente, de manera que en estos supuestos esa intervención tiene una finalidad preventiva o precautoria del derecho subjetivo del tercero.

Por eso, si la medida del interés concreto del que es portador es la medida de su legitimación, se comprenderá que su actuación ha de estar limitada a la protección de aquel interés, y como este es indirecto, basta con reconocerle una actuación subordinada a la de la parte principal con la que coadyuva, en cuanto su interés queda objetivamente protegido con el triunfo de la tesis principal de esa parte. De ahí que no le alcancen con la misma intensidad los efectos del proceso, y así, nada le impedirá iniciar un proceso distinto contra alguna de las partes en defensa de su derecho subjetivo, sin que lo impida la litispendencia,

ni le será oponible la cosa juzgada que produzca la sentencia dictada en el proceso en que interviene, ni podrá ser ejecutada, en modo alguno, esa sentencia frente al interviniente».

SAP de León, Secc. 1.ª, de 19 de marzo de 2015 (núm. 69), FJ 4.º: «La cuestión de la intervención en el proceso que contempla el artículo 13 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y las consecuencias que se derivan de ello es objeto de controversia en la doctrina y en la jurisprudencia, debiendo distinguirse entre intervención litisconsorcial e intervención adhesiva (simple). Así se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2011:

«Debe recordarse que tal y como se ha pronunciado *esta Sala* (SSTS de 8 de abril de 1994 y 3 de diciembre de 2004), la intervención adhesiva no es una figura extraña a nuestro derecho, y ha sido admitida legalmente en el ámbito del proceso contencioso-administrativo y, por lo que concierne al civil, tiene precedentes en la *Ley IV, Título XXIII, Partida 3.ª* («Tomar pueden el alzada non tan solamente los que son señores de los pleitos, o sus Personeros quando fuere dado juicio contra ellos, así como mostramos; mas aun todos lo otros, a quien pertenece la pro, o el daño que viniere de aquel juicio»); también, la *Ley de Enjuiciamiento Civil 1881 se refiere a esta figura en sus artículos 1276, párrafo tercero, 1328 y 1394* y la doctrina jurisprudencial la ha aceptado (SSTS de 28 de diciembre de 1906, 21 de marzo de 1911, 6 de marzo de 1946, 17 de febrero de 1951, 17 de octubre de 1961, 3 de marzo de 1992 y 9 de octubre de 1992, entre otras muchas) y, aparte de otras, la *STS de 22 de abril de 1987* ha declarado que si los efectos hacia tercero se ocasionan con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material les afecte con carácter prejudicial o indirecto, se podrá originar una intervención adhesiva.

De este modo, la intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil, queda definida por estas notas esenciales: no le asiste la facultad de promover el juicio, ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él, puede ayudar la gestión del litigante a quien se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa, o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no solo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria.

La intervención voluntaria en el proceso de la entidad Roca Sanitarios S.A como tercero no demandado es ajustada a derecho, por haber acreditado tener interés directo y legítimo en la resolución del pleito. Su admisión se ajusta a la legislación procesal civil conforme a lo normado en el artículo 13 de la LEC en relación con lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria. No se trata, como bien afirma el recurrente, de una intervención provocada, sino de un supuesto de intervención en los términos del artículo 13 de la LEC. El interés directo y legítimo de Roca Sanitarios S.A. es evidente desde el momento en que se dirige la demanda solicitando la cancelación de la hipoteca otorgada a su favor.

En estos casos el tercero puede comparecer para sostener o defender la posición jurídica de alguna de las partes originarias (actor o demandado) o bien porque le interesa el desarrollo del proceso desde un punto de vista jurídico por ser titular de una relación jurídica conexa con la que es objeto del pleito y que necesariamente quedará afectada por la sentencia que se dicte. Por ello, tiene legítimos intereses en el proceso a fin de procurar que la sentencia que se dicte contenga un pronunciamiento que favorezca indirectamente su posición jurídica. La intervención adhesiva del coadyuvante en lo civil viene definida en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2009*, en la que se configura como una parte que no está facultada para promover el juicio, que ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él, pero que puede ayudar la gestión del litigante, a quien se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa o utilizando, en provecho común, aquellos de que esté especialmente asistido; y, por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no solo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria. La legitimación del tercero para intervenir en el proceso en virtud de su adhesión simple, no litisconsorcial, se basa en la eficacia refleja de la cosa juzgada, de modo que la decisión que recaiga en el proceso será hecho constitutivo, extintivo o modificativo en otra relación jurídica, distinta a la dilucidada en el proceso, y de la que el tercero es titular.

La doctrina de forma mayoritaria considera que la intervención adhesiva es la figura que ha pretendido regularse en el artículo 13 de la Ley, existiendo controversia sobre si la

intervención litisconsorcial es un apartado de la adhesiva o constituye una figura autónoma. En todo caso puede afirmarse que en la intervención litisconsorcial el tercero defiende un derecho propio, mientras que en la intervención adhesiva simple el tercero defiende un interés legítimo y propio, pero a través de un derecho ajeno, defendiendo algunos que se trata de un coadyuvante. Se sostiene que el tercero tiene un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, interés legítimo que ha de entenderse como interés jurídico. Por último el interés directo no debe confundirse con los efectos del procedimiento, es decir, puede haber un interés directo en el resultado del procedimiento y, sin embargo, la sentencia sea solo de efecto reflejo respecto del tercero, cuando la sentencia tiene efecto directo estamos ante un supuesto de litisconsorcio (art. 12.1 de la Ley), el supuesto más claro de intervención litisconsorcial es la que puede realizar el acreedor solidario que no demandó y el deudor solidario que no fue inicialmente demandado. El interviniente, como dice el profesor MONTERO AROCA, puede hacer propia la pretensión o la resistencia, ya existente en el caso de que la parte renuncie, se allane, desista o se aparte del proceso».

SAP de Pontevedra, Secc. 6.ª, de 11 de junio de 2015 (núm. 267), FJ 5.º: «[...] la cual [intervención adhesiva simple] como es sabido no está justificada en la cotitularidad del derecho u obligación deducidos en juicio, sino en un simple interés por ser titular de una situación o relación jurídica, a lo más conexa, que puede verse afectada, aunque solo de modo reflejo o mediato por el resultado del proceso, de manera que su interés, de existir, es simplemente indirecto, bastando con reconocerle una actuación subordinada a la de la parte principal con la que coadyuva, en cuanto que su interés quedaría objetivamente protegido con el triunfo de la tesis principal de esa parte, de ahí, insistimos, que no le alcancen con la misma intensidad los efectos del proceso, ya que nada le impedirá iniciar un proceso distinto contra alguna de las partes en defensa de su derecho subjetivo, pues no lo impide la litispendencia, ni le será oponible la cosa juzgada que produzca la sentencia dictada en el proceso en que interviene, ni podrá ser ejecutada, en modo alguno, esa sentencia frente al interviniente, [...]».

¹⁵ AAP de Madrid, Secc. 11.ª, de 7 de marzo de 2007 (núm. 212), FJ 3.º: «[...] la expresión legal «mientras se encuentre pendiente un proceso», significa que hasta que no sea firme la sentencia que lo termina, el procedimiento está abierto a efectos de la intervención procesal [...]».

AAP de Jaén, Secc. 3.ª, de 17 de febrero de 2012 (núm. 11), FJ 1.º: «[...] la posibilidad de intervención voluntaria regulada al amparo del artículo 13 de la LEC está limitada temporalmente con carácter preclusivo a un determinado momento temporal cual es «la pendencia del proceso», por tanto cuando dicho proceso ha concluido por resolución firme no puede producirse esta intervención».

¹⁶ *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, 164-165.

¹⁷ Comentario al artículo 13, en F. Cordón Moreno / T. Armenta Deu / J.J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1: Artículos 1 a 516*, cit., 190.

¹⁸ *De la legitimación en el proceso civil*, cit., 286-287.

¹⁹ Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas, cit., 249.

²⁰ *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, cit., 135-138.

²¹ Al respecto pueden citarse las siguientes resoluciones a título de ejemplo:

AAP de Baleares, Secc. 5.ª, de 27 de diciembre de 2005 (núm. 179), FJ 2.º: «El tercero, pues, debe ostentar un interés propio, sin que pueda considerarse suficiente para la intervención, *ad exemplum*, el interés en obtener una sentencia justa o en crear un precedente jurisprudencial».

AAP de Asturias, Secc. 1.ª, de 22 de noviembre de 2011 (núm. 103), FJ 1.º y 2.º: «PRIMER. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) formula recurso contra la resolución del Juez de lo mercantil que le deniega su intervención como tercero en el presente proceso, legitimación pretendida con fundamento en el artículo 13 de la LEC.

La AEAT tras negar que los motivos de la pretensión de intervención en el proceso sean los que presume el Juez, afirma que la finalidad de su personación en el proceso es “de-

fender el propio funcionamiento del sistema tributario encomendado a la AEAT, un interés público y muy superior” que en su opinión le legitima para intervenir.

Tal afirmación de la propia recurrente para justificar su intervención sería suficiente para rechazar su pretensión, pues nos encontramos ante un proceso en el que se ventilan intereses jurídico privados y aunque en el campo del derecho privado, pueden incidir cuestiones de orden público o aspectos de derecho necesario, no ocurre en el supuesto objeto de este proceso en que se dilucida el ejercicio de una acción social ejercitada por una Sociedad Limitada por responsabilidad de la que fue su administradora y en el ámbito de un proceso, en el que no tiene cabida la defensa del funcionamiento del sistema tributario.

SEGUNDO. El Tribunal Supremo ha definido los requisitos de la llamada intervención adhesiva simple, que sería la pretendida aquí en base al artículo 13.1 de la LEC, y así dice que esta figura supone que “el tercero no es cotitular de la relación jurídico-material que se discute en el pleito, pero sí que le asisten derechos legítimos por ostentar la titularidad de una relación jurídica conexa con la cuestión litigiosa, es decir, que si bien no es titular de un derecho, sí lo es de un interés legítimo que puede verse afectado por el resultado del pleito” (STS de 12 de abril de 2007).

Como se deduce de dicho texto, se está hablando de relaciones jurídicas que sean conexas con la cuestión litigiosa y no de un “interés público superior” como afirma la apelante.

Incluso con mayor claridad aún, puede verse la distinta naturaleza de la intervención que pretende la AEAT con la interpretación que de la intervención del tercero hace el Tribunal Supremo, en los Autos de 19 de febrero de 2007 y 13 de enero de 2009, cuando señala que “la legitimación del tercero para intervenir en el proceso en virtud de su adhesión simple, no litisconsorcial, se basa en los efectos reflejos de la cosa juzgada de la sentencia que en el recaiga; efectos reflejos que, como hechos jurídicos constitutivos, extintivos o modificativos interfieren entre la relación jurídico-material deducida en el proceso y la relación jurídica de la que el tercero es titular; interferencias que se resuelven en la prejudicialidad”.

Es evidente que ningún efecto reflejo de la cosa juzgada interfiere en una relación jurídica de la que la AEAT sea titular; y por tanto el interés que pretende defender la citada Agencia no se vería afectado.

En conclusión no hay base jurídica alguna para admitir a la AEAT como tercero en el presente proceso e incluso si nos atenemos a los términos utilizados en su recurso al decir que ostenta “un interés directo en conocer cuál es el resultado del litigio”, tal interés quedaría satisfecho con el conocimiento de la resolución que recaiga en virtud del principio de publicidad de las sentencias recogido en el artículo 120.3 de la CE».

SAP de Barcelona, Secc. 11.ª, de 30 de julio de 2012 (núm. 387), FJ 3.º: «Conforme al artículo 13.1 de la LEC mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito y es a la vista del mismo que no puede prosperar la tesis del apelante. La demanda tiene por finalidad la condena del demandado, ahora apelante, al abono de la suma que reclama, en base al reconocimiento de deuda existente y de la falta de pago de lo debido, de forma que no puede sostenerse que el hijo del apelante mantenga un interés directo en los autos, cuando no se pide ni su condena ni existe si siquiera la posibilidad de que quede comprometido, de estimarse la demandada, algún bien o derecho de su única propiedad, constando en documental aportada en esta Sala por su contraparte, que el Sr. Carlos María, apelante, se dio baja como socio activo de la SCP [...], en noviembre de 2010, jubilandose, es decir incluso antes de que su hijo, el Sr. Dimas hubiera solicitado la intervención en las actuaciones. No puede confundirse el interés indirecto que pudiera presentar en el resultado de los autos, dado el parentesco con el demandado o las relaciones comerciales que entre ellos pudiera haber, con el interés directo y legítimo al que alude el artículo 13 de la LEC, que como se ha expuesto no ostenta, por lo que resulta procede la inadmisión de su intervención acordada en primera instancia».

²² GARNICA MARTÍN, Las partes en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: novedades más significativas, *cit.*, 251.

²³ GARBERÍ LLOBREGAT, Comentario a los artículos 1 a 98, en J. Garberí Llobregat (dir. y coord.), *Los procesos civiles* 1, Barcelona: Bosch, 2001, 205.

²⁴ LORCA NAVARRETE, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, Madrid: Dykinson, 2000, 162.

²⁵ *La intervención adhesiva simple. Contribución al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil*, Barcelona: Editorial Hispano Europea (Col. De Iure et Vita), 1972, 193.

²⁶ *Fundamentos del Derecho civil patrimonial 1: Introducción. Teoría del contrato*, Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2007: 6.ª ed., 91.

²⁷ *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*, Madrid / Barcelona: Marcial Pons, 2007, 42.

²⁸ *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil, cit.*, 143-144.

²⁹ Comentario a los artículos 13 a 15, en V. Gimeno Sendra (dir.) / P. Morenilla Allard (coord.), *Proceso civil práctico* 1, Madrid: La Ley, 2010: 4.ª ed., 369.

³⁰ *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, 356.

³¹ Un ejemplo de la importancia de la forma en que el ordenamiento jurídico canaliza la protección de los intereses legítimos, fijando el mecanismo tutelar y, por tanto, sin que proceda en todo caso la intervención adhesiva simple salvo cuando así se prevea, lo apreciamos en la SAP de La Coruña, Secc. 2.ª, de 22 de mayo de 2001 (núm. 252), FJ 1.º, que aunque referida al artículo 19 LPH en su redacción originaria, resulta ilustrativa a los efectos que pretendemos recalcar: «La intervención adhesiva fue solicitada por el promotor Sr. Antonio cuando los autos de la Instancia ya estaban concluidos para sentencia. De este modo ya le había precluido el trámite de hacer alegaciones y de proponer prueba y aún en el caso de que pretendiera reproducir la pretensión en segunda instancia devendría una situación de cierta indefensión al convertir la segunda instancia en un inicial juicio plenario con la consiguiente privación del derecho al recurso ordinario. Es cierto que el Tribunal Supremo ha llegado a admitir la intervención adhesiva del tercero que alegue un interés jurídico, directo y legítimo pero en el concreto caso de autos el interés de la comunidad de propietarios del inmueble [...] de Arteixo (A Coruña) encuentra plena acogida en el artículo 19 de la Ley 49/1960 que legitima a la Junta de Propietarios para obtener del Juez el lanzamiento o resolución del contrato y precisa que dicha facultad podrá ejercitarse cuando el propietario no lo hiciese en el plazo prudencial que se le hubiere señalado en el requerimiento fehaciente. Del propio texto de la ley se deduce que la legitimación de la Comunidad de Propietarios es “sucesiva” e[n] “defecto de” y no “adhesiva” con el propietario. Si la ley quisiera esto último así lo habría establecido. Nada empuja a lo dicho el hecho del fraude de ley alegado por el recurrente pues ningún obstáculo habría de tener el legitimado por subrogación para hacerlo valer en el pleito en el que se fuera como demandante. La reforma de la LPH 8/1999 de 6 de abril igualmente otorga legitimación judicial a la Junta de Propietarios para el cese de las actividades molestas mediante demanda que debe dirigirse “contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local”. Se legitima a la Junta de propietarios frente —no al lado— al propietario por lo que, de igual modo, debe decaer la pretensión adhesiva». Se deduce de estos argumentos que la Junta de Propietarios puede ostentar el interés legítimo de que cesen las «actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas» (art. 7.2 LPH) por el ocupante de un piso o local, pero dicho interés no legitima al presidente a intervenir adhesivamente en el proceso que haya instado el propietario del piso o local frente al ocupante, pues la ley prevé su intervención en una determinada forma (con carácter principal y en defecto de ejercicio de la acción por el titular).

³² Además de los acreedores del comunero, son ejemplos de interés legitimador derivado directamente de la norma jurídica, los acreedores en la sección de calificación, cuya intervención está prevista en el artículo 168 LC: *Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable*. A este propósito, dice la STS de 3 de febrero de 2015 (núm. 10), FJ 3.º: «De cuanto antecede se desprende que la intervención de los terceros en esta sección es más limitada que la prevista con carácter general en el artículo 193.2 LC, y se acomoda mejor a

la modalidad de “intervención adhesiva simple”, que contempla el artículo 13.1 LC [LEC], porque al intervenir como coadyuvantes de la concreta petición de calificación formulada por la administración concursal y/o el ministerio fiscal, no pueden sostener otras distintas». También es el caso del vendedor respecto del proceso entablado cuando el comprador se vea privado de la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. El artículo 1481 del Código civil dispone que «el vendedor estará obligado al saneamiento que corresponda, siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción a instancia del comprador. Faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento». Dicha notificación tiene por finalidad que el vendedor adquiera conocimiento de la existencia del proceso que determinará, en su caso, el nacimiento de la obligación de responder de evicción y, en consecuencia, pueda interesar su intervención en defensa de los intereses del comprador demandado, que serán los intereses del vendedor, pues estará en mejor situación para contrarrestar los argumentos del tercero demandante. En cuanto a la previsión indirecta, el interés legítimo protegido puede también tener su fundamento en la responsabilidad que la ley atribuye a ciertos sujetos en el ejercicio de su cargo o profesión, que, dándose las circunstancias previstas, tendrán la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. De ahí el interés por intervenir en los procesos de los que pueda derivarse tal obligación. Es el caso de los notarios respecto de los que el Código civil prevé diversos supuestos de responsabilidad por los daños causados como consecuencia de su actuación profesional:

Artículo 705 del Código civil: *Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables.*

Artículo 712 del Código civil: *«1. La persona que tenga en su poder un testamento cerrado deberá presentarlo ante Notario competente en los diez días siguientes a aquel en que tenga conocimiento del fallecimiento del testador. 2. El Notario autorizante de un testamento cerrado, constituido en depositario del mismo por el testador, deberá comunicar, en los diez días siguientes a que tenga conocimiento de su fallecimiento, la existencia del testamento al cónyuge sobreviviente, a los descendientes y a los ascendientes del testador y, en defecto de estos, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado. 3. En los dos supuestos anteriores, de no conocer la identidad o domicilio de estas personas, o si se ignorase su existencia, el Notario deberá dar la publicidad que determine la legislación notarial. El incumplimiento de este deber, así como el de la presentación del testamento por quien lo tenga en su poder o por el Notario, le hará responsable de los daños y perjuicios causados.*

Artículo 715 del Código civil: *Es nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas en esta sección; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se probare que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables.*

AAP de Guipúzcoa, Secc. 2.ª, de 8 de octubre de 2007 (núm. 2.114), FJ 3.º: «[...] esta Sala no comparte el parecer de la Juzgadora de instancia y considera que el Sr. Fermín ha acreditado tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. Y ello por cuanto en su condición de Notario autorizante del testamento cuya declaración de nulidad se interesa por razón de defectos de forma, se trata de una persona que puede ser demandada en un proceso ulterior para indemnizar al vencido por los daños y perjuicios derivados del proceso y que le sean imputables, constituyendo presupuesto de dicha responsabilidad, al amparo de lo preceptuado en el artículo 705 del Código civil, que la nulidad del testamento sea declarada por no haberse observado las solemnidades legales».

SAP de Cádiz, Secc. 5.ª, de 18 de febrero de 2009 (núm. 91), FJ 2.º: «[...] dada la personación en las actuaciones del Notario autorizante del testamento, Don Santiago, persona a la que se hacía saber la existencia del proceso, según se solicitaba en la demanda, es preciso, como «*prius*» lógico, estudiar la figura jurídica de la intervención procesal de los sujetos originariamente no demandantes ni demandados, que no se recogía en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, aun cuando la Jurisprudencia la contemplaba, y ahora aparece regulada en el artículo 13 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil del 2.000. Pero la intervención voluntaria, que es a la que nos referimos, se concreta en dos formas, a saber: La principal o la adhesiva. En la principal, el tercero entra en el proceso pendiente para

hacer valer un derecho tanto contra el demandante como contra el demandado, esto es, esgrime una pretensión propia incompatible con la del actor; al referirse al mismo objeto que se debate en la litis. Por ello, en rigor, aquel, el tercero, al actuar como se acaba de señalar, hace surgir, aparecer, otro proceso en el que asume la condición de demandante frente a actor y demandado (o demandados), que se enfrentan a él como demandados. Esta clase de intervención, que presenta muchos problemas en el plano dogmático, puede salvarse acudiendo a la acumulación de autos. Junto a dicha figura jurídica, la de la intervención principal acabada de estudiar, está la de la intervención adhesiva. A través de ella un tercero, que no aduce derecho propio frente a las partes, viene a coadyuvar con una de ellas, con el propósito de reforzar su posición, es el caso, tantas veces señalado, del Notario que se opone a la nulidad de un testamento por él autorizado. Y dado que dicho interviniente no es propiamente parte ya que la demanda no se deduce contra él, la consecuencia directa es que no puede ser condenado y no se le pueden imponer costas procesales»

³³ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, epígrafe 32: Intervención procesal y sucesión procesal, en A. de la Oliva Santos / I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001: 2.ª ed., 190; GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, cit., 171; OROMÍ VALL-LLOVERA, *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*, cit., 46-47; LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, comentario a los artículos 13 a 15, en V. Gimeno Sendra (dir.) / P. Morenilla Allard (coord.), *Proceso civil práctico* 1, cit., 377.

³⁴ AAP de Castellón, Secc. 3.ª, de 17 de abril de 2009 (núm. 94), FJ 2.º: «[...] siendo claro el contenido del artículo 454 LEC, no lo es menos que la decisión judicial denegatoria de la intervención procesal de la empresa de continua referencia tiene, respecto de esta, el carácter de definitiva, puesto que cierra su acceso al proceso. Y, precisamente porque se le niega la condición de interviniente y, por lo tanto, la posibilidad de constituirse en parte procesal, ya no podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el citado precepto de «reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva». Esta condición de definitiva de la decisión denegatoria de la intervención se ajusta a la conceptualización del artículo 207.1 LEC, que considera definitivas las resoluciones que ponen fin a la primera instancia. Y si bien la denegatoria de la intervención desde luego no deja zanjado en la instancia el pleito que se está tramitando, sí es definitiva respecto de la mercantil quejosa, por la simple razón de que le cierra, con tal carácter definitivo en la instancia, la posibilidad de intervención procesal que pretende.

Por lo tanto, desde esta perspectiva es admisible la apelación pues, con arreglo al artículo 455.1 LEC, son recurribles en apelación los autos definitivos y, como vemos, tal carácter tiene frente a Construcciones Gurugú Blo SL el que le impide la intervención en el proceso antes reseñado».

³⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, comentario a los artículos 1 a 98, en J. Garberí Llobregat (dir. y coord.), *Los procesos civiles* 1, cit., 208.

³⁶ *De la legitimación en el proceso civil*, cit., 272.

³⁷ Así también la SAP de Ciudad Real, Secc. 1.ª, de 6 de noviembre de 2006 (núm. 326), FJ 6.º: «Distinta, necesariamente, ha de ser la posición del interviniente simple. Si la medida del interés concreto del que es portador es la medida de su legitimación, se comprenderá que su actuación ha de estar limitada a la protección de aquel interés, y como este es indirecto, basta con reconocerle una actuación subordinada a la de la parte principal con la que coadyuva, en cuanto su interés queda objetivamente protegido con el triunfo de la tesis principal de esa parte. De ahí que no le alcancen con la misma intensidad los efectos del proceso, y así, nada le impedirá iniciar un proceso distinto contra alguna de las partes en defensa de su derecho subjetivo, sin que lo impida la litispendencia, ni le será oponible la cosa juzgada que produzca la sentencia dictada en el proceso en que interviene, ni podrá ser ejecutada, en modo alguno, esa sentencia frente al interviniente».

³⁸ Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil: doctrina y jurisprudencia de la Ley 1/2000, de 7 de enero*, Madrid: Dijusa, 2000, 114, resulta sorprendente que, «en líneas inmediatamente anteriores dispone la ley que no se retrotraerán las actuaciones, y a renglón seguido se permite destruir el principio de preclusión, reabriendo etapas concluidas del proceso». GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES,

comentario al artículo 13, en F. Cordón Moreno / T. Armenta Deu / J.J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1: Artículos 1 a 516*, cit., 195, fundamenta esta aparente contradicción en que el artículo 13.3, párr. 2.º, LEC supone «la distinción y desvinculación, en cierta medida, entre la regla de la *no retroacción* de las actuaciones y el principio de *preclusión* de las alegaciones y defensas. Es decir, que una no conlleva automáticamente la otra, y que puedan *compaginarse* y actuarse a un tiempo las finalidades pretendidas por cada una de dichas instituciones». SAMANES ARA, *Las partes en el proceso civil*, Madrid: La Ley, 2000, 139-140, distingue según se trate de intervención litisconsorcial o adhesiva simple. En el primer supuesto, hay que dar al interviniente la oportunidad, no solo de alegar, que es lo que le permite la norma del artículo 13.3, párr. 2.º, LEC, sino también de probar, aunque la fase procesal correspondiente haya tenido lugar. Por esta razón a esta autora le parece inconveniente disponer el no retroceso en el curso de las actuaciones, pues esto podría ocasionarle indefensión. Si el interviniente es titular de un interés indirecto, la norma sería adecuada siempre y cuando no se le considerase parte. Pero, siéndolo, debería tener idénticas oportunidades de alegar y probar que las partes originarias, por lo que la restricción que la aplicación de la norma puede comportar lo coloca en posición de desigualdad con respecto de aquellas. Coherente con esta argumentación, añade que resulta una mezcla confusa, como consecuencia de no haber distinguido entre las dos clases de interés que pueden determinar la distinta legitimación de los sujetos que pueden entrar en el proceso como intervinientes, decir en el artículo 13.3, párr. 1.º, LEC que será considerado parte a todos los efectos, y a continuación señalar las facultades procesales del interviniente. Si es parte a todos los efectos, pormenorizar cuáles son sus posibilidades resulta redundante, porque tendrá todos los poderes de la cualidad de parte. Si es un interviniente adhesivo simple, su distinta posición con el objeto del proceso y, por tanto, su diversa legitimación, impide asimilar a ambos en este punto. Solo así se comprende la descripción de posibilidades de actuación procesal del interviniente, en cuanto referidas al adhesivo simple o coadyuvante.

³⁹ AAP de Baleares, Secc. 5.ª, de 27 de diciembre de 2005 (núm. 179), FJ 2.º: «En cuanto a los actos dispositivos, dado que el interviniente no puede disponer de la relación jurídicomaterial deducida en el proceso, le están vedados los actos dispositivos consistentes en la renuncia, el allanamiento y la transacción. Ahora bien, puede desistir de la intervención, mas no del proceso; y puede dar lugar a la caducidad con su inactividad procesal, unida a la del resto de las partes».

⁴⁰ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, comentario al artículo 13, en F. Cordón Moreno / T. Armenta Deu / J.J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1: Artículos 1 a 516*, cit., 194; MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., 288. Defienden la postura contraria DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, epígrafe 32: Intervención procesal y sucesión procesal, en A. de la Oliva Santos / I. Díez-Picazo Giménez, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., 190; OROMÍ VALL-LLOVERA, *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*, cit., 125-128; y LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, comentario a los artículos 13 a 15, en V. Gimeno Sendra (dir.) / P. Morenilla Allard (coord.), *Proceso civil práctico 1*, cit., 375.

⁴¹ LORCA NAVARRETE, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, cit., 165; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, comentario al artículo 13, en F. Cordón Moreno / T. Armenta Deu / J.J. Muerza Esparza / I. Tapia Fernández (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil 1: Artículos 1 a 516*, cit., 193; GONZÁLEZ PILLADO, *La intervención voluntaria de terceros en el proceso civil*, cit., 207-208; MONTERO AROCA, *De la legitimación en el proceso civil*, cit., 288; ORTELLS RAMOS, Capítulo 7, en M. Ortells Ramos (dir. y coord.), *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015: 14.ª ed., 167.

⁴² AAP de Barcelona, Secc. 19.ª, de 5 de febrero de 2010 (núm. 26), FJ 2.º: «[...] a los antecedentes fácticos descritos entendemos que concurre en el quejante un verdadero interés legítimo que le legitima precisamente para apelar la Sentencia de que trae causa el presente recurso. Y ello en atención a lo dispuesto en el actual artículo 13.1 de la Ley Procesal que regula la denominada figura de inte[r]vención voluntaria adhesiva, interés

que se estima directo, a tenor de los antecedentes fácticos previamente señalados. Máxime cuando la Comunidad de Propietarios demandada hace dejación de su derecho a recurrir, perteneciendo al quejadante a dicha Comunidad de Propietarios en tanto vecino y titular de un inmueble, sustituyendo de este modo la inactividad procesal de la misma frente a la posibilidad de recurrir la Sentencia dictada en el curso de los autos. Interés legítimo y directo que se equipara al "interés jurídico" y que resulta de haber obtenido as[i] mismo el propio Sr. Gumersindo a su favor una Sentencia por lo que se declara nulo el acuerdo por el que se autorizaba la instalación de la antena de radioaficionado, cuando en los presentes autos se decide precisamente autorizar la instalación o colocación de la antena de radioaficionado».

⁴³ Epígrafe 32: Intervención procesal y sucesión procesal, en A. de la OLIVA SANTOS / I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., 190.

⁴⁴ *Intervención voluntaria de terceros en el proceso civil. Facultades procesales del interviniente*, cit., 130, salvo que, al decir de esta autora, su intervención pretenda evitar la actuación fraudulenta de las demás partes en su perjuicio. En cualquier otro caso, el recurso debe interponerse a la vez por el interviniente simple y por la parte que ocupa su misma posición procesal.

⁴⁵ *Derecho procesal civil 1: El proceso de declaración. Parte General*, Madrid: Castillo de Luna Ediciones Jurídicas / Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015, 189.

⁴⁶ Comentario a los artículos 13 a 15, en V. Gimeno Sendra (dir.) / P. Morenilla Allard (coord.), *Proceso civil práctico 1*, cit., 375.

⁴⁷ SAP de Madrid, Secc. 13.ª, de 28 de octubre de 2014 (núm. 362), FJ 3.º: «[...] la intervención que con base en los hechos relatados solicita Finance, no es la litisconsorcial necesaria que se contempla en los artículos 12 y 13.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la intervención adhesiva litisconsorcial voluntaria en que el tercero es titular del derecho discutido pero su intervención no es exigida por existir una norma que la excluye, como ocurre con las obligaciones solidarias, sino la intervención adhesiva voluntaria simple, [...], en la que el tercero, aunque se reputa parte, su situación o estado procesal no es idéntico al de las partes principales por carecer de poder de disposición sobre el proceso, no poder formular pretensiones propias sino únicamente adherirse a las que deduzca su litisconsorte, activo o pasivo, carecer del derecho a utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime lesivas y no quedar afectado por pronunciamiento favorable o adverso en materia de costas».

⁴⁸ *De la legitimación en el proceso civil*, cit., 290.

⁴⁹ SAP de Jaén, Secc. 1.ª, de 27 de abril de 2010 (núm. 103), FJ 2.º: «El Sr. Juan Enrique solicitó intervenir en el procedimiento por tener un interés directo y legítimo, expresando en su escrito presentado el 29 de mayo de 2008 las razones de ello, y en especial, por el hecho de que en el acto de conciliación que se celebró en su día, 14 de noviembre de 2007 (documento núm. 4 de la demanda), el otro administrador mancomunado Sr. Hermenegildo, compareció al mismo y manifestó que se avenía a los puntos planteados por el demandante de conciliación, y que como posee el 50% de las acciones de dicha sociedad (Precrisma, S.L. aquí demandada), no tenía inconveniente en el abono de lo reclamado en su mitad que le correspondía».

En consecuencia, y siendo la posición del administrador Sr. Martín distinta a la del otro administrador Sr. Hermenegildo, ambos con el carácter de mancomunados de la citada sociedad, perfectamente quedaba justificada la intervención del primero en esta litis, intervención que ha de considerarse «adhesiva», pues del resultado del pleito dependerá lo que al final tenga o no que pagar por la sociedad, única demandada. En el propio suplico del referido escrito en el que solicitó su intervención, interesó que se dictase sentencia desestimando la demanda interpuesta por D. Martín, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones deducidas en la misma.

Por ello, al Sr. Juan Enrique no se le podía condenar en la sentencia de instancia, sencillamente porque solo intervino para defender los intereses de la sociedad, haciéndolo con tal carácter; [...]».

⁵⁰ *Derecho procesal civil 1: El proceso de declaración. Parte General*, cit., 189.

⁵¹ Comentario a los artículos 13 a 15, en V. Gimeno Sendra (dir.) / P. Morenilla Allard (coord.), *Proceso civil práctico 1*, cit., 376-377, quien emplea la misma argumentación, año-

diendo que «La imposición de las costas en la sentencia puede dar lugar a una especialidad de la misma, pues si el artículo 218.1 LEC exige que el tribunal en la sentencia resuelva todas las pretensiones de las partes y haga «las declaraciones que aquellas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate», es claro que los intervinientes no introducen en el proceso ninguna nueva pretensión y, no obstante, el tribunal tendrá que pronunciarse en la sentencia sobre la imposición de las costas causadas por los actos procesales que ejercite el interviniente».

⁵² *Las partes en el proceso civil, cit.*, 139. Entiende esta autora que si el tercero que pide intervenir es titular de un interés indirecto, será considerado parte a todos los efectos, como expresa la norma, lo normal será que el demandante se oponga, ante el temor de que, si se desestima la demanda, pueda verse condenado a pagar las costas causadas por aquel. Si el órgano jurisdiccional, a pesar de la oposición del actor, y por entender que el que pretende intervenir tiene un interés legítimo y protegible, admite la intervención, ocurrirá que siendo parte demandada, en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 218.1 LEC, la sentencia deberá condenarlo o absolverlo, con lo que se infringiría el deber de congruencia que el propio precepto impone, pues no habiéndose dirigido contra él la demanda, ningún pronunciamiento ha podido pedir el actor respecto del tercero. Y en todo caso, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 222.3 LEC, el interviniente, puesto que es parte, se verá alcanzado por el efecto de cosa juzgada de la sentencia. Por eso considera que hubiese sido más adecuado ordenar que el coadyuvante no tendrá la consideración de parte y que intervendrá en el proceso a su costa.

⁵³ *Derechos Reales. Derecho hipotecario 1, cit.*, 509.

⁵⁴ *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial 3: Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Pamplona: Civitas Thomson Reuters, 2008: 5.^a ed., 1042.

Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda con arreglo al Real Decreto Ley 2/2021, de 26 de enero. El problema de la enajenación de la vivienda arrendada durante la prórroga extraordinaria

Extraordinary extension of housing lease contracts in accordance with Royal Decree-Law 2/2021, of January 26. The problem of the disposal of the rented dwelling during the extraordinary extension

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil
Acreditada a Profesor titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El Real Decreto Ley 2/2021 modifica de nuevo el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 a efectos de que aquellos contratos de arrendamiento que venzan entre el 2 de abril de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 y el 8 de mayo de 2021 (fecha en que concluye el segundo estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre), puedan ser prorrogados extraordinariamente por un periodo de 6 meses a contar desde la fecha de vencimiento. Dicha prórroga debe ser solicitada por el arrendatario, siendo entonces forzosa para el arrendador, salvo que las partes la excluyan por un acuerdo de novación modificativa o extintiva del contrato que podría tener el alcance y contenido determinado por las partes (art. 1255 CC). La naturaleza de esta prórroga es la de una prórroga convencional forzosa, quedando excluido el carácter de prórroga legal o tácita, por lo que las normas de la Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, relativas a la enajenación voluntaria y forzosa de la vivienda arrendada (arts. 13 y 14 LAU) no resultan de aplicación, debiendo remitirse la regulación de esta cuestión al Código civil como derecho supletorio (art. 4.2 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013) y por lo tanto al artículo 1571 del Código civil, que establece el derecho del comprador a la extinción del arriendo y la posibilidad del arrendatario de exigir una indemnización de daños y perjuicios al arrendador-vendedor. La prórroga extraordinaria excluiría la aplicación de la suspensión del lanzamiento por expiración del contrato en caso de arrendatario vulnerable, la cual solo podría producirse para aquellos procedimientos basados en la expiración del contrato entre el 14 de marzo de

2020 y el 1 de abril de 2020, fechas durante las cuales pudo producirse una situación de vulnerabilidad derivada de los efectos del COVID-19 sin existir la posibilidad de prorrogar forzosamente la estancia del arrendatario y su familia en la vivienda arrendada.

ABSTRACT: Royal Decree Law 2/2021 modifies again article 2 of Royal Decree Law 11/2020 so that those lease contracts that expire between April 2, 2020, the date of entry into force of Royal Decree Law 11/2020 and on May 8, 2021 (the date on which the second state of alarm declared by Royal Decree 926/2020, of October 25 and extended by Royal Decree 956/2020, of November 3, ends), may be extended extraordinarily for a period of 6 months from the expiration date. Said extension must be requested by the lessee, being then obligatory for the lessor, unless the parties exclude it by means of a modification or termination agreement of the contract that could have the scope and content determined by the parties (art. 1255 CC). The nature of this extension is that of a forced conventional extension, the nature of a legal or tacit extension being excluded, therefore the rules of Law 29/1994, in the wording given by Law 4/2013 relating to voluntary and forced sale of the rented dwelling (arts. 13 and 14 LAU) are not applicable, and the regulation of this issue must be referred to the Civil Code as a supplementary right (art. 4.2 Law 29/1994, in the wording given by Law 4/2013) and by therefore to article 1571 del Código civil, which establishes the right of the buyer to extinguish the lease and the possibility of the lessee to demand compensation for damages from the lessor-seller. The extraordinary extension would exclude the application of the suspension of the launch due to the expiration of the contract in the case of a vulnerable tenant, which could only occur for those procedures based on the expiration of the contract between March 14, 2020 and April 1, 2020, dates during which a situation of vulnerability could have arisen derived from the effects of COVID-19 without the possibility of forcibly extending the stay of the tenant and his family in the rented home.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Epidemia del COVID-19. Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento.

KEY WORDS: *Urban leases. COVID-19 epidemic. Extraordinary extension of lease agreements.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL: 1. REGULACIÓN DE LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA TRAS EL REAL DECRETO LEY 2/2021. 2. ¿ES PRECISO QUE EL INQUILINO SEA UN ARRENDATARIO VULNERABLE PARA PODER EJERCITAR EL DERECHO A LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA? 3. NATURALEZA DE LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA Y Oponibilidad a TERCEROS ADQUIRENTES DE LA MISMA EN CASO DE VENTA VOLUNTARIA DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 4. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA ARRENDADA. 5. LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EXCLUYE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO EN CASO DE DESAHUCIO POR EXPIRACIÓN DEL CONTRATO.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado una nueva reforma del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Las modificaciones introducidas afectan fundamentalmente al artículo 2, relativo a la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual, y al artículo 4, relativo a la aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda.

Analizamos a continuación algunas cuestiones que plantea esta nueva reforma, centrándonos en la medida de la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual.

II. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA HABITUAL

1. REGULACIÓN DE LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA TRAS EL REAL DECRETO LEY 2/2021

El artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020, señala en su nueva redacción:

«En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, *en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley hasta la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos*, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial».

La nueva redacción de este precepto legal está vigente desde el 27 de enero de 2021, con arreglo a la disposición final undécima del Real Decreto Ley 2/2021, por lo que la medida continúa vigente sin solución de continuidad en el tiempo, prolongándose más allá de los plazos inicialmente previstos¹.

El precepto prevé que los arrendamientos de *vivienda habitual* (no así de temporada) sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que finalicen (bien sea la prórroga legal, la prórroga tácita o el plazo superior fijado por las partes, ya que la *ratio* de la norma también está presente en este último supuesto) *en el periodo comprendido entre el 2 de abril de 2020 (fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020)² y el 8 de mayo de 2021 incluido (fecha en que finaliza el nuevo estado de alarma)³*, quedarán prorrogados.

dos extraordinariamente por un periodo máximo de 6 meses, desde la fecha de vencimiento del contrato⁴.

La prórroga no es automática sino que debe ser solicitada por el inquilino antes del 9 de mayo de 2021 y, concurrentemente, antes del vencimiento del contrato⁵. Una vez solicitada debe ser aceptada por el arrendador salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo de las partes (luego la norma es dispositiva y supletoria para el caso de falta de acuerdo).

La prórroga tiene lugar incluso aunque el arrendador haya notificado al arrendatario con anterioridad el final del contrato. Tal notificación no modifica el derecho del arrendatario a la prórroga extraordinaria⁶.

La prórroga se establece porque pueden vencer en el periodo señalado contratos de alquiler sujetos a la Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, bien sea su prórroga obligatoria de tres años o la tácita de un año. No pueden, en cambio, vencer en dicho periodo ni los contratos sujetos al Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, ni los sujetos al Real Decreto Ley 7/2019, puesto que su prórroga obligatoria es de cinco años (o siete, si el arrendador es persona jurídica) y su prórroga tácita, de tres años⁷.

Durante el plazo de prórroga extraordinaria del contrato se seguirán aplicando las condiciones establecidas en el contrato que se prorroga (salvo que las partes pacten otras o se pueda acceder al mismo tiempo a una moratoria *ex artículo 4 u 8 del Real Decreto Ley 11/2020*), *sin que pueda procederse al desahucio por expiración del contrato⁸*. A esta finalidad responde la concesión del derecho de prórroga extraordinaria al inquilino.

Desde la redacción dada al precepto por el Real Decreto Ley 37/2020, el precepto hace mención al artículo 9.3 de la Ley 29/1994. En este caso hay que acreditar la necesidad del arrendador o de las personas mencionadas en dicho precepto, siendo preciso también que el nuevo ocupante tenga suficientes medios económicos para vivir con independencia, conforme doctrina del Tribunal Supremo. Si el arrendatario se negase a entregar la vivienda sería preciso interponer un proceso declarativo (art. 249.1.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) para acreditar la necesidad e indemnizar al arrendatario con arreglo al artículo 9.3 Ley 29/1994⁹.

2. ¿ES PRECISO QUE EL INQUILINO SEA UN ARRENDATARIO VULNERABLE PARA PODER EJERCITAR EL DERECHO A LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA?

Aunque el precepto no menciona en absoluto la necesidad de que el arrendatario tenga la condición de vulnerable con arreglo a los artículos 5 y 6 del Real Decreto Ley 11/2020 para que se aplique la medida de prórroga extraordinaria, lo cierto es que puede plantearse la duda, máxime cuando la medida está perdiendo su carácter excepcional y transitorio *perpetuándose ya durante más de un año*. Y ello por la razón adicional de que la disposición final novena. 2 del Real Decreto Ley 26/2020 añadió unos apartados 3 y 4 a la disposición final duodécima del Real Decreto Ley 11/2020, según la cual: «3. Los criterios para la definición de vulnerabilidad económica y la acreditación de condiciones subjetivas establecidos en los artículos 5 y 6 mantendrán su vigencia *hasta los plazos establecidos en los artículos 2 y 4.1, a los efectos de las medidas incluidas en estos últimos*». De acuerdo, pues, con esta disposición final duodécima del Real Decreto Ley 11/2020 interpretado sistemáticamente con el artículo 2 que comentamos, hasta el 8 de mayo de 2021 inclusive estarán vigentes los requisitos que dicho real decreto

ley establece en su artículo 5 a efectos de entender que concurren los supuestos de vulnerabilidad económica como efecto del COVID-19, a los fines de obtener moratorias en relación con la renta arrendaticia y *prórrogas extraordinarias del contrato de arrendamiento*. Cabe pues plantearse si el legislador, posteriormente a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020, y con efectos desde el 9 de julio de 2020, ha querido limitar las prórrogas extraordinarias de los contratos de arrendamiento de vivienda a los arrendatarios vulnerables¹⁰.

3. NATURALEZA DE LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA Y Oponibilidad a TERCEROS ADQUIRENTES DE LA MISMA EN CASO DE VENTA VOLUNTARIA DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Por otro lado, hay que plantearse también la naturaleza que tiene esta prórroga extraordinaria que entiendo no es una prórroga legal al estilo de la prevista en el artículo 9.1 Ley 29/1994, pues los términos de redacción de los preceptos no son coincidentes. En efecto, si atendemos a la redacción que la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de vivienda dio al artículo 9 de la Ley 29/1994, se señala: «La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, *este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo*».

El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si esta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición».

Sin embargo, el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 señala muy diferentemente que *«podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes»*.

Si bien en el artículo 9.1 Ley 29/1994, la prórroga legal se establece *ipso iure* salvo voluntad contraria del inquilino manifestada en plazo, en el caso del artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 la prórroga debe ser solicitada por el inquilino al arrendador, caso en que este está obligado a aceptarla. La solicitud de parte es, por lo tanto, *conditio iuris* de la existencia de tal prórroga extraordinaria que podrá extenderse hasta un máximo de seis meses incluso contra la voluntad del arrendador, salvo que se haya alcanzado un acuerdo distinto por las partes. Entiendo que el acuerdo alcanzado no tiene por qué referirse a una prórroga extraordinaria pactada en otros términos diversos de los legales sino que la prórroga extraordinaria puede ser excluida por un acuerdo *de cualquier contenido que suponga novación modificativa o extintiva del contrato, siempre que haya sido esta la voluntad de las partes y ya se trate el arrendador de un gran tenedor o no y sea el arrendatario persona vulnerable o no, dado que las soluciones pactadas entre las partes y alcanzadas extrajudicialmente son las que mejor pueden responder a los intereses de arrendador e inquilino*. P.e., cabría un pacto de renuncia a la prórroga extraordinaria a cambio de una rebaja o condonación de la renta en los últimos seis meses de vigencia del contrato.

Ahora bien, dada la peculiar naturaleza de esta prórroga extraordinaria que se planteará, en su caso, en arrendamientos sujetos a la Ley 4/2013 como hemos explicado antes, *cabe preguntarse si dicha prórroga extraordinaria será o no oponible al tercer adquirente que adquiera la vivienda arrendada por enajenación voluntaria del inmueble.*

En mi opinión, para que tal prórroga extraordinaria perjudicase al tercer adquirente el arrendamiento y su prórroga extraordinaria deberían constar inscritos en el Registro de la Propiedad (*arg. ex* art. 2, 5, 6.1 y 7 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos).

No obstante, antes de explicar esta conclusión, conviene referirse brevemente al régimen establecido en la Ley 4/2013 para la venta de finca arrendada.

La Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994 fue objeto de reforma por la Ley 4/2013, de 4 de junio de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Con esta reforma, que entró en vigor el 6 de junio de 2013, el legislador sometió la oponibilidad del arrendamiento frente a tercero hipotecario a los principios del sistema de publicidad registral inmobiliaria (arts. 13, 32 y 34 LH), eliminando la excepción a la fe pública registral (y la oponibilidad legal) establecida por la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su inicial redacción, en beneficio del arrendatario de vivienda por el periodo de prórroga legal. De manera que, siendo la inscripción del arrendamiento voluntaria (como en términos generales es la inscripción en el ordenamiento jurídico español), el arrendatario tendría la *carga de inscribir* al poderse derivar efectos desfavorables para el mismo del hecho de la no inscripción.

Si la finca no estuviese inmatriculada, el arrendatario podía hacer uso del artículo 312 del Reglamento Hipotecario (previsto para la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, pero aplicable por analogía) y *desde la entrada en vigor el 1 de noviembre de 2015*, de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, del artículo 203.2 de la Ley Hipotecaria¹¹.

Así, de acuerdo con el artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su nueva redacción, «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho [o *a fortiori*, no lo hayan hecho], dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». Este nuevo artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 estaría haciendo referencia al efecto de afección de lo inscrito a terceros adquirentes de que habla ROCA SASTRE y sentaría el mismo principio que el artículo 1549 del Código civil establece para los arrendamientos sujetos al mismo¹².

De acuerdo, pues, con la disposición transitoria primera de la Ley 4/2013, el nuevo régimen de *sometimiento a la publicidad registral* para los arrendamientos de vivienda es aplicable a los arrendamientos concertados *a partir del 6 de junio de 2013*, subsistiendo el régimen jurídico anterior (de excepción a la fe pública registral), para los arrendamientos concertados antes de dicha fecha¹³.

La Ley 4/2013 reduce de cinco años a tres años la prórroga legal obligatoria, y de tres años a un año la prórroga tácita y elimina el régimen jurídico especial de los arrendamientos de vivienda suntuaria para los cuales, por lo tanto, rige el régimen jurídico general de los arrendamientos de vivienda (Título II de la LAU). Complementando el nuevo artículo 7.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, el artículo 10.2 en su nueva redacción establece que *una vez inscrito el*

contrato de arrendamiento, la prórroga legal de tres años (art. 9) y la prórroga tácita (art. 10), se impondrán respecto de cualquier tercer adquirente, incluso aquellos que reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Y el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su nueva redacción, señala que *el adquirente de una finca inmatriculada, arrendada como vivienda, que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no se verá afectado por el arrendamiento no inscrito y sí por el inscrito. El tercero, pues, que reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si el arrendamiento no consta inscrito, puede desconocerlo (art. 32 LH); pero si el tercer adquirente lo fuese a título gratuito o no ostentase buena fe o no hubiese adquirido de titular registral, o no hubiera inscrito su título de compraventa quedará subrogado en el arrendamiento incluso aunque no constase inscrito (art. 14 a sensu contrario y arg. ex art. 29 LAU), por el tiempo indicado en el artículo 9.1 LAU. Igualmente se subrogará en el arrendamiento el heredero del arrendador*¹⁴.

Si la finca no estuviese inmatriculada se aplicará lo dispuesto en el artículo 1571 del Código civil (art. 14.2 LAU) Y si el comprador usare del derecho a pedir la extinción del arriendo, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar en la vivienda durante tres meses desde que el adquirente le notifique fehacientemente su voluntad favorable a la extinción del arriendo, durante los cuales deberá satisfacer al nuevo propietario la renta y demás cantidades que se devenguen (como el recibo de la comunidad de propietarios por los gastos generales o el recibo del IBI, de acuerdo con el art. 20.1 LAU). A su vez, el arrendador-vendedor deberá indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que la enajenación de la vivienda le haya causado (p.e., gastos de mudanza). Para MAS BADÍA, la indemnización de que habla el artículo 14.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en su nueva redacción es «la misma que contempla el propio artículo 1571 del Código civil en su número 2, *in fine*»¹⁵.

Como señala LUCAS FERNÁNDEZ, el arrendatario debe ejercitar este derecho frente al arrendador-vendedor aunque el comprador tuviese noticia de la existencia del arriendo. Esta indemnización tendría su origen en el quebrantamiento de la obligación del artículo 1554.3.º Código civil de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada por todo el tiempo de duración del contrato. En todo caso, en el juicio correspondiente diverso del juicio de desahucio seguido por el comprador frente al arrendatario para ejercitar su derecho a la terminación del arriendo, el arrendatario deberá probar los daños que se le han causado pues podría darse el caso de que el incumplimiento de la obligación del artículo 1554.3.º Código civil carecería de consecuencias perjudiciales¹⁶.

Como señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, lo que parece desprenderse de la nueva regulación introducida en los artículos 7.2, 9, 10, 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos es que la regla subyacente, aunque residual, sigue siendo la subrogación del comprador en la posición del arrendador¹⁷.

Sentado lo anterior y analizando la posición del tercer adquirente frente a la prórroga extraordinaria del artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020, hay que señalar que esta prórroga extraordinaria puede serlo tanto de la prórroga legal, como de la prórroga tácita como del plazo convencional superior pactado por las partes, *lo que hace ya que su naturaleza difiera de la prórroga legal*. Por otro lado, el hecho de necesitar de la solicitud del arrendatario para que se ponga en marcha el mecanismo legal hace que la naturaleza de la misma difiera igualmente de la prórroga legal y de la tácita, pues esta última nace del silencio de la parte arrendadora y arrendataria que no manifiestan una voluntad de no renovación en plazo (art. 10 LAU 1994 en redacción dada por Ley 4/2013¹⁸). Es por estos

motivos que entiendo que a esta prórroga extraordinaria no le resulta de aplicación la regla que se desprende del artículo 14.1 LAU en redacción dada por Ley 4/2013, *a sensu contrario*, o sea que el arrendamiento perjudicará a quien no sea tercero del artículo 34 LH, debiendo en tal caso subrogarse en la prórroga extraordinaria, sino que entiendo aplicable la regla del artículo 1571 del Código civil (arg. ex art. 4.2 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013 que remite al Código civil como derecho supletorio). Es decir, venta quita renta si lo pide el comprador aun no siendo tercero hipotecario del artículo 34 LH, salvo que el arrendamiento constase inscrito en el Registro de la Propiedad, pudiendo el arrendatario exigir al arrendador que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado. Si la finca no estuviese inmatriculada se aplicaría igualmente el artículo 14.2 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, que remite al artículo 1571 del Código civil.

Creo que esta interpretación (aunque probablemente no responda al resultado perseguido por el legislador) sí responde mejor a los derechos de las tres partes implicadas, máxime cuando el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 es norma dispositiva desplazable por acuerdo de las partes como he explicado antes (art. 6.2, 1255 y 1203.1.º CC) y cuando al haber introducido el legislador el concepto de «estado de alarma» como concepto jurídico normalizado existe el peligro de que situaciones transitorias terminen convirtiéndose en indefinidas en detrimento de la propiedad (valga el ejemplo del artículo 1 de la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deudas y alquiler social, cuyo plazo de vigencia se extiende hasta transcurridos once años de la entrada en vigor de la norma el 15 de mayo de 2013). Pues cuanto más se prolongue en el tiempo la situación de estado de alarma mayor número de contratos de arrendamiento podrán finalizar en dicho plazo y mayor número de arrendadores propietarios o usufructuarios verse afectados por la medida, resultando en conjunto una mayor dificultad para la compraventa de las viviendas si los compradores han de soportar la prórroga extraordinaria en todo caso (lo que supondría una excepción a la fe pública registral que no está expresamente contemplada ni en la Ley 4/2013 ni en el Real Decreto Ley 11/2020) o siempre que no sean terceros hipotecarios del artículo 34 LH *ex* artículo 14 Ley 29/1994 en redacción dada por Ley 4/2013 *a contrario sensu* (lo que fácilmente puede producirse al afectar la posesión arrendaticia a la buena fe del comprador).

En resumen, si el arrendatario ha hecho uso de este derecho que le concede el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020 (que puede considerarse un derecho a una prórroga *convencional* forzosa para el arrendador) en el marco de un arrendamiento sujeto a la Ley 4/2013 y quiere que la misma perjudique a terceros adquirentes, debe inscribir el arrendamiento y su prórroga en el Registro de la Propiedad. De lo contrario, el comprador podrá hacer uso del derecho que le confiere el artículo 1571 del Código civil (art. 4.2 y 14.2 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, en relación con el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020) e iniciar un procedimiento de desahucio por expiración del contrato.

Como hemos indicado antes, apoya esta interpretación tanto el artículo 6.1 como el artículo 7 del Real Decreto 297/1996. De acuerdo con el artículo 6.1 «el contrato [de arrendamiento] inicial y *sus modificaciones* serán objeto de asiento de inscripción en el folio registral abierto a la finca arrendada». Y según el artículo 7:

«1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 353, apartado 3, del Reglamento Hipotecario, se cancelarán de oficio por el Registrador de la Propiedad las inscripciones de los arrendamientos urbanos de duración inferior a cinco años, cuando hayan transcurrido ocho años desde la fecha inicial del contrato y no conste la prórroga convencional de este.

2. *Por el mismo procedimiento se cancelarán de oficio las inscripciones de los demás arrendamientos urbanos, una vez que haya transcurrido el plazo pactado y no conste en el Registro la prórroga del contrato.*

3. La copia del acta notarial por la que el arrendatario notifica al arrendador su voluntad de no renovar el contrato, en los casos comprendidos en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley 29/1994, será título suficiente para la cancelación del arrendamiento.

4. Del mismo modo podrá cancelarse la inscripción en los supuestos comprendidos en dicho párrafo primero del artículo 10 de la Ley 29/1994, mediante la presentación de la copia del acta notarial por la que el arrendador notifique al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, siempre que la notificación se haya hecho en tiempo oportuno y personalmente por el Notario en la forma prevenida por el artículo 202 del Reglamento Notarial».

4. PRÓRROGA EXTRAORDINARIA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE LA VIVIENDA ARRENDADA

Antes de tratar esta cuestión haremos un breve resumen de la regulación que contiene la Ley 29/1994, en redacción dada por la Ley 4/2013, para la problemática de la resolución del derecho del arrendador como consecuencia de una ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada.

Tratándose de finca inmatriculada y de realización de la garantía hipotecaria, el arrendamiento quedará extinguido a diferencia del texto del antiguo artículo 13 de la Ley 29/1994, en su redacción originaria. Dicha extinción es automática sin necesidad de ser instada por el acreedor adjudicatario o el rematante en la subasta. Pero si el arrendamiento constase inscrito antes que la hipoteca, entonces perdura por la duración indicada en el artículo 10.2 de la Ley, en redacción dada por Ley 4/2013 (o sea, por todo el plazo pactado, o por el periodo de prórroga legal y, en su caso, por el periodo de prórroga tácita, si esta ya está en curso o no estándolo, es posteriormente admitida por el acreedor adjudicatario o rematante en la subasta).

De lo expuesto parece desprenderse que el artículo 13 de la Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, aplica un criterio de estricta prioridad registral en la determinación de la subsistencia o no del arriendo tras la ejecución hipotecaria (art. 17 LH). Sin embargo, teniendo presente el principio de fe pública registral, que puede jugar o no en favor del adquirente de la hipoteca en relación con arrendamientos no inscritos (constituidos con anterioridad), dicho criterio inicial entiendo que debe ser matizado.

En efecto, en relación con la hipoteca, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 en redacción dada por Ley 4/2013, la adquisición del rematante o del acreedor adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria *trae causa del derecho real de hipoteca del acreedor hipotecario en el estado en que la hipoteca fue adquirida por este*, razón por la que si operó el principio de fe pública registral a favor del acreedor hipotecario (arts. 32 y 34 LH), su derecho real purificado por el juego de la fe pública registral de los derechos anteriores no inscritos (en este caso, arrendamientos no inscritos) *es el que da origen al derecho de propiedad libre de cargas del rematante o del acreedor adjudicatario*.

Sentado este principio, habría que indicar que al rematante o al adjudicatario no le pueden perjudicar arrendamientos posteriores a la hipoteca al ser inoponibles al acreedor hipotecario (arts. 7.2 y 10.2 Ley 29/1994, en redacción

dada por Ley 4/2013 y 32 y 34 LH). Aplicando simples reglas de Derecho Civil puro, resuelto el derecho del que da (propietario hipotecante) por la ejecución de la hipoteca, quedan resueltos los derechos concedidos, o sea, el arrendamiento posterior a la hipoteca. *Es claro, pues, que el arrendamiento constituido e inscrito (o no inscrito) en el Registro de la Propiedad después de la constitución de la hipoteca queda extinguido como consecuencia de la realización de la hipoteca por las razones expuestas, pues no puede ser de mejor condición el arrendamiento posterior no inscrito que el inscrito (arts. 13 LAU, 134 LH y 674 LEC).*

Igualmente es claro que el arrendamiento constituido e inscrito antes que la hipoteca, subsiste tras la realización de esta durante todo el plazo pactado o durante el periodo de prórroga legal, o el periodo de prórroga tácita que estuviese ya iniciado antes de verificarse la adquisición en la ejecución hipotecaria (arts. 7 y 10.2 y 13.1 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013).

Ahora bien, *en cuanto al arrendamiento constituido antes de la inscripción de la hipoteca e inscrito después que esta es evidente que caben tres alternativas.* Primera, aplicar un criterio de estricta prioridad registral (arts. 17 y 134 LH y 674 LEC), lo que conduciría en todo caso a la extinción del derecho de arrendamiento por haber sido inscrito después que la hipoteca. *Esta solución no la encontramos acertada por su carácter estrictamente formalista, al no tener en cuenta la buena o mala fe que pudo haber concurrido en su día en el acreedor hipotecario.* Segunda, atender a la posición del rematante o acreedor adjudicatario *autónomamente*, respecto de la posición del acreedor hipotecario al adquirir con la inscripción su hipoteca, midiendo respecto de aquellos la buena o la mala fe concurrente. De manera que, inscrito el arrendamiento antes de su adquisición, el rematante o adjudicatario tendrían siempre mala fe (derivada de la afección de la inscripción) y deberían soportar dicho arrendamiento. Y no inscrito el arrendamiento, pero conocido por el rematante o el acreedor adjudicatario, perjudicaría a estos aunque en su día, al adquirir e inscribir la hipoteca, el acreedor hipotecario hubiera sido tercero hipotecario de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria en relación con el arrendamiento. Tercera, entender que el rematante o el acreedor adjudicatario pueden resultar protegidos indirectamente por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, si en su día fue protegido en su adquisición por dicho precepto el acreedor hipotecario. *Por lo que si operó la fe pública registral (arts. 32 y 34 LH y 7.2 y 10 y 14 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013) en beneficio del acreedor hipotecario, el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca e inscrito (o no) después que esta, no perjudicará al rematante o al propio acreedor adjudicatario, al traer su adquisición causa de la que verificó en su día el acreedor hipotecario. Por el contrario, si el acreedor hipotecario tuvo mala fe en su adquisición (art. 10.2 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, a sensu contrario, según el cual el arrendamiento no inscrito es oponible a terceros adquirentes que no reúnan los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y arg. ex artículo 14 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013), ese arrendamiento inscrito con posterioridad a la hipoteca perjudicaría al rematante o al propio acreedor adjudicatario ya que no operó la fe pública registral a favor del acreedor hipotecario ni tampoco puede operar en favor de aquellos por impedirlo la inscripción. Si el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca no hubiese sido inscrito, no reuniendo el acreedor hipotecario la condición de tercero hipotecario, habría que tener en cuenta entonces, autónomamente, si el rematante es tercero hipotecario en relación con el mismo (arts. 10.2 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013 y arts. 32 y 34 de la LH).*

Esta posición tiene la ventaja de matizar la prioridad registral que se expresa en la purga de cargas posteriores a la hipoteca (art. 17 LH) con el principio de fe pública registral y la buena fe (arts., 32 y 34 de la LH)¹⁹.

En conclusión, en relación con la venta forzosa derivada del *ius distrahendi del acreedor hipotecario*, producida la resolución del derecho del arrendador por la ejecución de la hipoteca, *el arrendamiento constituido e inscrito con posterioridad deberá quedar purgado y cancelado, pudiendo subsistir el arrendamiento si fuese anterior a la hipoteca en función de los casos.*

En relación con la prórroga convencional forzosa que supone el derecho concedido al arrendatario de vivienda por el artículo 2 del Real Decreto Ley 11/2020, si la prórroga se acuerda e inscribe antes que la hipoteca, perjudicará al rematante o acreedor adjudicatario (art. 17 LH y *arg. ex* art. 13 Ley 29/1994). Si la prórroga convencional se acuerda e inscribe tras la hipoteca, el arrendamiento quedará extinguido al realizarse la garantía hipotecaria (art. 17 LH y *arg. ex* art. 13.1 Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013 y art. 13 Ley 29/1994 en su redacción originaria). Si la prórroga convencional se pacta antes de que se inscriba la hipoteca y se inscribe después que esta o no se inscribe, entiendo que el arrendamiento prorrogado, al no encontrarse en periodo de prórroga legal, ni en periodo de prórroga tácita, ni haber causado inscripción antes que la hipoteca debe regirse por el Código civil (*arg. ex* art. 4.2 y 14 Ley 29/1994, en redacción dada por la Ley 4/2013 que menciona expresamente el art. 7 en relación con el art. 10.2 *que se refiere a la oponibilidad de la prórroga legal y tácita*), por lo que el rematante o el adjudicatario (comprador en el proceso de ejecución hipotecaria) tendría derecho a la extinción del arriendo *ex* artículo 1571 del Código civil.

Esta solución es coincidente con la que para fincas no inmatriculadas prevé el artículo 13.1.3.º de la Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013, que remite al artículo 9.4 de la misma que a su vez remite al artículo 1571 del Código civil. Ciertamente puede ocurrir que el acreedor adjudicatario conociese de la existencia del arriendo al concertar la hipoteca o que desconociéndolo el acreedor hipotecario, el rematante tuviese noticia del mismo en el momento de la venta.

Para ejercitar el derecho a la extinción del arriendo del artículo 1571 del Código civil hay doctrina que considera que es preciso que el comprador desconociera la existencia del arriendo, dada la regla general de necesidad de respeto del derecho ajeno, no pudiendo en caso de conocer el arriendo invocar el artículo 1549 del *Código civil*, para que el arriendo no le perjudique²⁰.

Pero también en sentido contrario, que compartimos, se señala que el pacto a que se refiere el artículo 1571 del Código civil «solo será posible *si el comprador conoció la existencia del arrendamiento*; en consecuencia habrá que aceptar que para decidir si acepta o no el arrendamiento ha de saber de su existencia. Precisamente por esta circunstancia el propio artículo sigue diciendo “y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria” pues *si el conocimiento del adquirente es indiferente hay que buscar un medio objetivo que haga oponible el arrendamiento a pesar de ese conocimiento*, medio que es precisamente la inscripción en el Registro de la Propiedad»²¹.

5. LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO EXCLUYE LA MEDIDA DE SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO EN CASO DE DESAHUCIO POR EXPIRACIÓN DEL CONTRATO

En un trabajo anterior ya formulamos una interpretación restrictiva del derecho que confiere el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 al inquilino vulnerable

en caso de expiración del plazo contractual²². Según dicha interpretación, dado que la permanencia en la vivienda debía venir justificada por una vulnerabilidad derivada de los efectos de la epidemia del COVID-19 y dado que tras el 2 de abril de 2020 fue posible, por la entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020, una prórroga extraordinaria del vencimiento de los contratos de arrendamiento con arreglo al artículo 2 (lo que solventaba la necesidad de vivienda del inquilino), *la suspensión del lanzamiento debía obedecer a la extinción del contrato entre el 14 de marzo del 2020 (fecha en que se inició el primer estado de alarma) y el 1 de abril de 2020*. Es decir, que la aplicación de la prórroga extraordinaria excluiría la aplicación de la medida del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con la disposición transitoria primera del Real Decreto Ley 37/2020, la nueva redacción del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 (que incluye la suspensión extraordinaria de los procesos de desahucio por expiración del plazo contractual) se aplicará a los procedimientos en curso a 23 de diciembre de 2020 (fecha de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020). Si en dichos juicios verbales de desahucio por expiración del contrato se hubiera procedido con arreglo al artículo 441.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aun así también procedería aplicar la nueva regulación del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 y tramitar el incidente extraordinario de suspensión siempre que lo incoe el arrendatario que acredite los requisitos del artículo 1.2 de dicho real decreto en su nueva redacción. En todo caso, la permanencia del inquilino en la vivienda pasados dichos días (14 de marzo a 1 de abril de 2020) pese a la expiración del contrato, no debería resolverse por la vía del artículo 1 bis del Real Decreto Ley 11/2020, aunque el apartado 2 de dicho precepto hable de «permanencia en el inmueble ...motivada por una situación de extrema necesidad», ya que el artículo 1 bis se refiere a otros procedimientos (desahucio por precario, interdictos de retener y recobrar, procedimiento de la Ley 5/2018 y procedimiento del art. 41 de la LH) sino por la vía del artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020 que opera como precepto especial, debiendo por tanto incoarse el proceso de desahucio por expiración del plazo contractual y aplicándose, en su caso, el artículo 1 del Real Decreto Ley 11/2020. Como la suspensión extraordinaria del lanzamiento se producirá en estos casos tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 37/2020, en todo caso el arrendador tendrá derecho a la compensación establecida en la disposición adicional tercera del Real Decreto Ley 37/2020 *ex* disposición transitoria primera.² del mismo²³. A mi juicio no tiene sentido que el arrendatario pueda sumar la medida de prórroga extraordinaria del contrato de arrendamiento, con una moratoria o condonación de la renta arrendaticia *ex* artículo 4 Real Decreto Ley 11/2020 y luego, finalizado el contrato, pueda «permanecer» en la vivienda ajena sobre la base de una situación de vulnerabilidad no resuelta con las medidas anteriores, lo que gravaría a la propiedad de manera desproporcionada. Es más el arrendatario vulnerable para lograr su permanencia tras la expiración del contrato solo tendría que no desalojar voluntariamente la vivienda a lo cual está obligado por razón del contrato (art. 1561 y 1569.1.^a CC). Por lo tanto, tal medida solo parece aplicable a aquellos arrendatarios que no dispusieron de otro medio para solventar su vulnerabilidad²⁴.

Apoyaría esta interpretación el artículo 1.bis.7 del Real Decreto Ley 11/2020, según el cual en ningún caso procederá la suspensión a que se refiere este artículo «si la entrada o permanencia en la vivienda ha tenido lugar en los siguientes supuestos:

... f) Cuando la entrada en la vivienda se haya producido con posterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto Ley».

III. CONCLUSIONES

I. No está claro si la prórroga extraordinaria de los arrendamientos de vivienda cuyo plazo de expiración contractual finalice desde el 2 de abril de 2020 al 8 de mayo de 2021, puede solicitarla cualquier inquilino o solo los arrendatarios vulnerables.

II. La prórroga extraordinaria del arrendamiento de vivienda es una medida excluyente de la paralización del desahucio por expiración del contrato. Esta medida solo puede adoptarse en caso de vulnerabilidad del arrendatario para los arrendamientos que vencieron entre el 14 de marzo de 2020 y el 1 de abril de 2020.

III. La prórroga extraordinaria tiene la naturaleza de una prórroga convencional forzosa para el arrendador si la solicita el inquilino.

IV. En el caso de que se proceda a la venta voluntaria de la vivienda arrendada durante la vigencia de la prórroga forzosa, el comprador tiene derecho a la extinción del arrendamiento con arreglo al artículo 1571 del Código civil, aunque probablemente no era este el pensamiento del legislador. Para que la prórroga convencional forzosa perjudique al tercer adquirente debe constar inscrita en el Registro de la Propiedad.

V. En el caso de realización de la garantía hipotecaria que pesa sobre la vivienda arrendada, si la prórroga convencional se pactó e inscribió antes que la hipoteca, subsiste el arriendo tras la ejecución hipotecaria. Si la prórroga convencional se pactó e inscribió después que la hipoteca se extingue el arrendamiento con la ejecución hipotecaria. Si la prórroga se pactó antes de que se constituyera la hipoteca y no se inscribió o se inscribió después que esta, el rematante o el acreedor adjudicatario tienen derecho a la extinción del arriendo con arreglo al artículo 1571 del Código civil, siendo discutible si para ejercitar dicho derecho el adquirente debe ostentar buena fe.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BONETE SATORRE, B. (2021). A vueltas con el desahucio y las últimas reformas con ocasión del SARS-Cov-2. *Diario La Ley*, núm. 9767, 1-13.
- DEPARTAMENTO JURÍDICO DE SEPÍN ARRENDAMIENTOS URBANOS (2020). *Guía práctica. Arrendamientos de vivienda y locales de negocio y COVID-19. Actualizado al RDL 30/2020, de 29 de septiembre*. Madrid, Sepin-ICAM.
- FUENTES-LOJO RÍUS, A. (2020). (1) Los efectos jurídicos del Coronavirus en los contratos de arrendamiento de vivienda en *Diario La Ley*, núm. 9599, 23 de marzo de 2020, 1-4.
- (2020). (2). Nuevas medidas legales en arrendamientos de vivienda por la crisis sanitaria del Coronavirus en *Diario La Ley*, núm. 9608, 6 de abril de 2020, 1-17.
- GARCÍA, A. (2021). A vueltas con la naturaleza del derecho del arrendatario. Una reflexión a raíz de la crisis de la COVID-19 y la última reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos. *Diario La Ley*, núm. 9798, 1-19.
- GARCÍA-VALDECASAS Y ALEX, F.J. (2020). Propuestas ante la afección de la crisis sanitaria en el arrendamiento de vivienda residencial en *Diario La Ley*, núm. 9608, 4 de abril de 2020, 1-6.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A.E. (2013). La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada. *Diario La Ley*, núm. 8130, 1-9.

- JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (2018). Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas. *Diario La Ley*, núm. 9262, 1-14.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2020). Arrendamientos de vivienda, epidemia del COVID-19 y estado de alarma. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2430-2455.
- (2021). Arrendamientos urbanos, epidemia del COVID-19 y estado de alarma (II). Suspensión de los desahucios con arreglo al Real Decreto Ley 37/2020, de 23 de diciembre. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 784.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2020) (1). El coronavirus y el pago de la renta en los arrendamientos. Disponible en <https://www.otrosi.net/contenido/coronavirus-pago-la-renta-los-arrendamientos>, 1-2.
- (2020) (2). Nuevas medidas sobre los arrendamientos de viviendas actuales. Análisis del RDL 11/2020 (BOE 31 marzo). Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/nuevas-medidas-los-arrendamientos-viviendas-actuales-analisis-del-rdl-11-2020-boe-31-marzo>, 1-2.
 - (2020) (3). Arrendamientos urbanos de vivienda durante el coronavirus. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-viviendas-coronavirus>, 1-3.
 - (2020) (4). Arrendamientos urbanos y COVID-19. Preguntas y respuestas con Daniel Loscertales. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-Covid-19-preguntas-respuestas-daniel-loscertales>, 1-4.
 - (2020) (5). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de viviendas y uso distinto. I Parte. Disponible en, <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto>, 1-4.
 - (2020) (6). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de viviendas y uso distinto: II Parte. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-ii-parte>, 1-4.
 - (2020) (7). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de vivienda y uso distinto: III Parte <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-iii-parte> 1-4.
 - (2020) (8). Impacto del estado de alarma en los arrendamientos urbanos de vivienda y uso distinto: IV Parte <https://www.otrosi.net/analisis/impacto-del-estado-alarma-los-arrendamientos-urbanos-viviendas-uso-distinto-iv-parte>, 1-3.
 - (2020) (9). Arrendamientos Urbanos: nuevos plazos prórroga forzosa y solicitud gran tenedor. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-nuevos-plazos-prorroga-forzosa-solicitud-gran-tenedor>, 1-2.
 - (2020) (10). Arrendamientos Urbanos: análisis urgente del Real Decreto Ley 30/2020. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/rdley-30-2020-modificando-el-rdley-11-2020-de-arrendamientos-de-viviendas>, 1-2.
 - (2020) (11). Arrendamientos Urbanos: falta de pago de la renta y la normativa aplicable. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/arrendamientos-urbanos-falta-de-pago-renta-y-la-normativa-aplicable>, 1-5.
 - (2021). Suspensión de los procesos de desahucio en viviendas. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/real-decreto-ley-37-2020-suspension-de-los-procesos-de-desahucio-en-viviendas> 1-3.
 - (2021). Vulnerabilidad y arrendamientos urbanos: el caso del arrendatario de vivienda. Disponible en <https://www.otrosi.net/analisis/vulnerabilidad-y-arrendamientos-urbanos-el-caso-del-arrendatario-de-vivienda> 1-13.

- LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1997). Comentario a los artículos 1571 y 1572 del Código civil. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX. Vol. 1.º B. Madrid, Edersa, (1347-1409).
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2020). La suspensión del proceso de desahucio en el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 en *Diario La Ley*, núm. 9622, 1-7.
- MAS BADÍA, M.^a D. (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. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 3049-3108.
- MOLINA ROIG, E. (2020). Medidas urgentes sobre arrendamientos de vivienda del Real Decreto Ley 11/2020 para hacer frente al COVID-19 en *Diario La Ley*, núm. 9615, 1-13.
- PALÁ LAGUNA, E. (2020). Breve examen de las medidas adoptadas para los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad en *Diario La Ley*, 8 de abril de 2020, Sección Tribuna, 1-8.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PRIETO, M. (2020). Arrendamientos de local de negocio, Estado de Alarma e impago en *Diario La Ley*, 8 de abril de 2020, Sección Tribuna, 1-3.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (1996). *El arrendamiento urbano frente a terceros: la oponibilidad del arrendamiento: los artículos 13, 14 y 29 LH*. Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R. M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario*. Tomo I. Fundamentos de la publicidad registral. Barcelona: Bosch.

NOTAS

¹ En su anterior redacción el precepto indicaba: «En los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los que, dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley hasta el 31 de enero de 2021, finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9.1 o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10.1, ambos artículos de la referida Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de seis meses, durante los cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se hayan fijado otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes, o en el caso de que el arrendador haya comunicado en los plazos y condiciones establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la necesidad de ocupar la vivienda arrendada para destinarla a vivienda permanente para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción o para su cónyuge en los supuestos de sentencia firme de separación, divorcio o nulidad matrimonial». El Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo, ha dado nueva redacción al precepto ampliando hasta el 9 de agosto de 2021 el periodo durante el cual podrá producirse la finalización de la prórroga legal (art. 9 Ley 29/1994) o tácita (art. 10 Ley 29/1994) a efectos de poder aplicar la prórroga extraordinaria.

² Real Decreto Ley 11/2020. Disposición final decimotercera. Entrada en vigor: «El presente Real Decreto Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado [1 de abril de 2020] a excepción del artículo 37...».

³ Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS- CoV-2. Artículo 2. Duración de la prórroga. «La prórroga establecida en este real decreto se extenderá desde las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 *hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021*, y se someterá a las condiciones establecidas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS- CoV-2, y en los decretos que, en su caso, se adopten en uso de la habilitación conferida por la disposición final primera del citado Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, sin perjuicio de lo que se establece en las disposiciones siguientes».

⁴ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (7), 3. Señala FUENTES-LOJO RÍUS que «si bien la disposición adicional 4.^a del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el [primer] estado de alarma..., declaró la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, no debe confundirse dicha suspensión con los plazos de cumplimiento de las obligaciones contractuales arrendaticias que continúan plenamente en vigor, como puede ser el pago de la renta, o la obligación de desalojar la vivienda al vencimiento del contrato de arrendamiento. Para evitar la problemática derivada del vencimiento de los contratos de arrendamiento de vivienda durante la crisis sanitaria y la frágil situación en la que podrían verse abocadas las familias cuyos contratos venzan en estos momentos tan difíciles ... [se prevé] ... una prórroga legal extraordinaria de hasta 6 meses de duración para aquellos contratos cuya prórroga legal —ya sea la obligatoria del artículo 9 LAU o la tácita del artículo 10— venza entre el periodo comprendido desde la entrada en vigor del RD-Ley y hasta ... [el 8 de mayo de 2021]..., de tal forma que se evita que se puedan incrementar rentas por la formalización de nuevos contratos del alquiler; así como evitar que el ciudadano tenga que buscar una alternativa habitacional por haber vencido el contrato». Aunque nada se dice respecto de los arrendamientos que venzan por finalización del plazo convencional (duración superior a la prórroga legal) o a los arrendamientos que estén en tácita reconducción (arts. 1566 y 1581 CC); ni se menciona a los contratos sujetos al Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, o a este con las modificaciones introducidas por el Decreto Boyer (Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica), entiende el autor, que «no hay razón jurídica para dicha discriminación legal, por lo que debe interpretarse como una exclusión involuntaria del legislador de todos estos contratos...» (FUENTES-LOJO RÍUS, 2020 [2], 3-4).

⁵ Cfr., LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 2.

⁶ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (4), 1.

⁷ MOLINA ROIG, 2020, 7-8.

⁸ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (2), 2. Señala FUENTES-LOJO RÍUS que «nada se dice sobre la actualización de la renta, por lo que debemos entender que la renta se podrá continuar actualizando anualmente durante la crisis sanitaria conforme al mecanismo de revisión de valores pactado en el contrato con los límites del artículo 18 LAU, que quedan inalterados» (FUENTES-LOJO RÍUS, 2020 [2], 5). Para acceder a una moratoria sería precisa la concurrencia de los requisitos indicados en el artículo 4 y 8 del Real Decreto Ley 11/2020. Artículo 4. Aplicación automática de la moratoria de la deuda arrendaticia en caso de grandes tenedores y empresas o entidades públicas de vivienda. 1. La persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo siguiente, podrá solicitar de la persona arrendadora cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda o un gran tenedor, entendiendo por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1500 m², hasta la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera conseguido ya con carácter voluntario por acuerdo entre ambas partes. 2. En el caso de que el acuerdo no se hubiese producido, el arrendador comunicará

expresamente al arrendatario, en el plazo máximo de 7 días laborables, su decisión, escogida entre las siguientes alternativas: a) Una reducción del 50% de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses. b) Una moratoria en el pago de la renta arrendaticia que se aplicará de manera automática y que afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma decretado por el Gobierno y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se aplazará, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento o *cualquiera de sus prórrogas*. La persona arrendataria no tendrá ningún tipo de penalización y las cantidades aplazadas serán devueltas a la persona arrendadora sin intereses. 3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores resultará de aplicación a todos los arrendamientos correspondientes al Fondo Social de Vivienda derivado del Real Decreto Ley 27/2012 de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios. 4. *La persona arrendataria podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación reguladas por el artículo 9, levantándose la moratoria en el pago de la renta arrendaticia regulada por este artículo y el consiguiente fraccionamiento de las cuotas preestablecido, en la primera mensualidad de renta en la que dicha financiación esté a disposición de la persona obligada a su pago.* Artículo 8. Modificación excepcional y transitoria de las condiciones contractuales de arrendamiento en el caso de arrendadores no comprendidos entre los recogidos en el artículo 4 como consecuencia del impacto económico y social del COVID-19. 1. La persona arrendataria de un contrato de vivienda habitual suscrito al amparo de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, tal y como se define en el artículo 5, podrá solicitar de la persona arrendadora, cuando esta no sea ninguna de las comprendidas en el artículo 4, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de este Real Decreto Ley y en los términos recogidos en los apartados 2 a 4 siguientes, el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, siempre que dicho aplazamiento o la condonación total o parcial de la misma no se hubiera acordado previamente entre ambas partes con carácter voluntario. 2. Una vez recibida la solicitud, la persona arrendadora comunicará a la arrendataria, en el plazo máximo de 7 días laborables, las condiciones de aplazamiento o de fraccionamiento aplazado de la deuda que acepta o, en su defecto, las posibles alternativas que plantea en relación con las mismas. 3. Si la persona física arrendadora no aceptare ningún acuerdo sobre el aplazamiento y, en cualquier caso, cuando la persona arrendataria se encuentre en la situación de vulnerabilidad sobrevenida referida en el artículo 5, esta podrá tener acceso al programa de ayudas transitorias de financiación reguladas por el artículo siguiente».

⁹ LOSCERTALES FUERTES, 2020 (7), 1-2.

¹⁰ Sobre la interpretación del artículo 5 del Real Decreto Ley 11/2020, Vid., JIMÉNEZ PARÍS, T.A. 2020, 2432-2434.

¹¹ Arg. ex disposición transitoria única Ley 13/2015, de 24 de junio. *Procedimientos iniciados bajo la anterior regulación*. «Todos los procedimientos regulados en el título VI de la Ley Hipotecaria, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior. A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad».

¹² ROCA SASTRE, 1995, 116-119.

¹³ *Disposición transitoria primera Ley 4/2013, de 4 de junio*: «Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos,

celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y *no resulte contrario a las previsiones legales*, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta ley». Hay que señalar que los contratos celebrados antes del 6 de junio de 2013 no pueden adaptarse a los nuevos artículos 13 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en redacción dada por Ley 4/2013, *por contradecir preceptos legales semiimperativos del régimen anterior* (arts. 6, 9 y 13 y 14 LAU 1994 en su redacción originaria).

¹⁴ La mención que hace el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en redacción dada por Ley 4/2013, a que la inscripción del arrendamiento debería ser previa a la *transmisión de la finca*, para perjudicar al comprador, genera ciertos interrogantes. Si un arrendamiento previamente constituido, no estuviese inscrito al otorgarse la escritura pública de venta, siendo de buena fe en ese momento el comprador, pero accediese luego al Registro, antes que la escritura pública de venta, habría que pensar que perjudicaría al tercero hipotecario cuya buena fe en el momento de la adquisición habría quedado enervada por la inscripción del arrendamiento antes que la inscripción de su título adquisitivo. En este sentido, aunque relativa a una anotación de embargo, puede verse la STS de 7 de abril de 2000, en la que se señala: «De lo anterior, se desprende que la sentencia de instancia... no ha infringido el artículo 32 de la Ley Hipotecaria: este... junto con el artículo 34 plasma el llamado principio de fe pública registral... y cuando dispone que los títulos no inscritos no perjudicarán a tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el *tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido del titular registral*. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 de la Ley Hipotecaria pero no es el caso presente en el que el recurrente adquiere una finca ya embargada y cuando inscribe ya estaba anotado (con el asiento de presentación) el embargo». Distinto sería el supuesto de que la compraventa se formalizase antes en escritura pública, estando la finca sin arrendar, se otorgase después un arrendamiento sobre finca ajena (con apoyo en la apariencia registral) y *accediese al Registro el arrendamiento antes que la compraventa*. Este caso parecería reconducirse al nuevo artículo 9.4 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que aunque referido a fincas no inmatriculadas, podría aplicarse al supuesto de fincas inmatriculadas. De acuerdo con su primer inciso, la buena fe del arrendatario podría exigir que el arrendamiento durase tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9.1 LAU. Pero la ausencia de buena fe determinaría el decaimiento del arrendamiento (art. 9.4 a contrario sensu). *Artículo 9.4 Ley de Arrendamientos Urbanos, en redacción dada por Ley 4/2013*: «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 ser 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...».

¹⁵ MAS BADÍA, 2014, 3077.

¹⁶ LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1358-1361.

¹⁷ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2013, 2.

¹⁸ Ley 29/1994, en redacción dada por Ley 4/2013. Artículo 10. «1. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, *ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más*».

¹⁹ En relación con la redacción originaria del artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 señalaba PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que el arrendamiento anterior a la hipoteca continúa tras la ejecución hipotecaria (incluso no estando inscrito) hasta completar los cinco primeros años de vigencia del contrato (arts. 13.1 y 14 LAU 1994). El arrendamiento anterior con una duración superior a los cinco años solo afectaba al tercero hipotecario del artículo 34 Ley Hipotecaria por el tiempo que restase hasta completar un período de cinco años. En este sentido indicaba: «Cuando se lleve a cabo la ejecución hipotecaria, el arrendamiento anterior a la hipoteca no afectará a quien en la ejecución resulte

adjudicatario si el acreedor hipotecario (de quien el adjudicatario trae causa) resultaba ya por sí protegido frente al arrendamiento por el artículo 34 Ley Hipotecaria, y aunque el adjudicatario conozca la existencia del arrendamiento anterior a la hipoteca. También podrá resultar directamente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria el mismo adjudicatario de la finca arrendada si en él —y no en el acreedor hipotecario— se reúnen los requisitos exigidos por dicho artículo». El arrendamiento anterior a la hipoteca que accedió al Registro antes que esta continuaría durante la duración pactada, tras la ejecución (art. 13.1.2.º LAU 1994, en su redacción originaria) (PEÑA BERNALDO DE QUIROS, 2001, 201-203).

²⁰ «Obsérvese que de acuerdo con estos preceptos (arts. 1549 y 1571 CC), 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*», (MAS BADÍA, 2014, 3067).

²¹ DE LA PUENTE DE ALFARO, 1996, nota 21.

²² JIMÉNEZ PARÍS, T.A., 2021.

²³ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, T.A. 2021.

²⁴ Sobre el procedimiento de la Ley 5/2018, *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, J.M, 2018.

2. DERECHO MERCANTIL

Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito *revolving*)

Parte I

The imprescriptible action for nullity and its prescriptible compensation (usury, nullity and the relevance of the revolving loan)

Part I

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ

Catedrático de Derecho civil

Universidad de Oviedo

NATALIA MUÑIZ CASANOVA

Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho civil

Universidad de Oviedo

RESUMEN: El crédito *revolving* es un producto con amplia presencia en el mercado del consumo, que facilita el acceso a la financiación inmediata por sus sencillos trámites y sin requerirse garantías adicionales. El elevado tipo de intereses pactados, el propio funcionamiento de su especial modelo y su discutible cauce de comercialización cosecha múltiples litigios. En ocasiones los tribunales aplican en su tratamiento jurídico el polémico remedio contra la usura. Se plantea el problema de si cabe distinguir entre las acciones de nulidad, imprescriptible, frente a la de su resarcimiento, prescriptible; y las implicaciones jurídicas que acoge la diferencia. En especial, el régimen del *dies a quo* en el computo de su plazo. En su desarrollo se analiza la muy reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo que se ha vertido en la materia.

ABSTRACT: *The revolving credit is a product with a wide presence in the consumer market, which facilitates access to easy financing because of its immediate processing, without the need for additional guarantees. The high type of agreed interests, the functioning of its special model and its questionable marketing channel generate a great number of litigations. Sometimes, courts apply the controversial rules against usury in their resolution. The question arises as to whether it is possible to distinguish between actions for nullity, which are not subject of rules on limitation, and actions for claiming compensations, which are prescriptible, as well as the legal implications of this difference. In particular, the*

regime of the dies a quo in the calculation of its term. Its development examines the most recent case law of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court on the subject.

PALABRAS CLAVE: Acciones prescriptibles e imprescriptibles. Crédito *revolving*. Nulidad y usura.

KEY WORDS: *Prescriptible and imprescriptible actions. Revolving credit. Nullity and usury.*

SUMARIO: I. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA NOCIÓN DE LAS TARJETAS *REVOLVING*.—II. POLÉMICA Y EVITABLE APLICACIÓN DE LA LEY AZCÁRATE: 1. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD Y SU CAUSA. 2. EL DISCUTIBLE RECURSO A LA USURA. 3. LICENCIAS PROCESALES. 4. APROVECHAMIENTO ILÍCITO EN PERJUICIO DEL DEUDOR. 5. TASA DE INTERÉS DESPROPORCIONADO. 6. INVALIDEZ POR USURA Y SUS EFECTOS. 7. EL CANON DEL CONSUMIDOR MEDIO: INFORMADO, ATENTO Y PERSPICAZ.—III. NULIDAD IMPRESCRIPTIBLE Y RESARCIMIENTO PRESCRIPTIBLE.—IV. CONCLUSIONES (PARTE I).—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. BREVE SÍNTESIS SOBRE LA NOCIÓN DE LAS TARJETAS *REVOLVING*

El crédito *revolving*, normalmente instrumentalizado a través de tarjeta, vehicula un financiamiento que permite a su titular emprender compras o disposiciones en líquido hasta el límite del importe concedido. El elemento diferenciador de dicha línea de crédito radica en su carácter rotativo, que posibilita una financiación elástica e incrementable a medida de su empleo. Además, ofrece la ventaja de aplazar los pagos en las cuotas según elija el cliente y en función de un porcentaje del saldo pendiente o de una cantidad fija. Luego el capital disponible y los plazos de amortización menguan o crecen sobre la base de las disposiciones y pagos mensuales que realiza el titular; por lo que no existe un número cerrado de cuotas y su duración es indeterminada.

El Banco de España, en su Portal del Cliente Bancario, define las tarjetas *revolving* como una tipología en la que se dispone de un límite de crédito determinado, que cabe devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas. Estas cuotas responden a un porcentaje de la deuda existente o a una cantidad fija, y se pueden elegir y recomponer dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. Su carácter estriba en que la deuda derivada del crédito se renueva mensualmente: disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta con arreglo al uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados que se financian conjuntamente.

El crédito *revolving* es un producto con amplia implantación en el mercado, que ha permitido acceder a un crédito sencillo, inmediato y sin gravosas garantías a un buen número de consumidores que, de otro modo, tendrían serias dificultades de conseguir préstamos. No debe omitirse que dicha clase de crédito supone una modalidad de financiación especialmente flexible para el cliente, que puede disponer del dinero al instante, siempre dentro de los límites y duración

pactados, y sin necesidad de ofrecer ninguna justificación respecto de su destino; que cabe, incluso, no restringirse al consumo. Con una simple llamada telefónica o la utilización de la tarjeta, cuando el crédito así se ha instrumentado, la obtención del crédito es automática.

Constituye, además, un modelo de financiación que, como hemos anticipado, no requiere garantías especiales, ni va precedida de un riguroso análisis de riesgos. A lo sumo, se deja constancia del lugar de trabajo del solicitante y se hace una estimación de sus ingresos, sin otra suerte de soporte documental que los avale. Estas características delinean una fórmula específica de crédito al consumo con un riesgo más elevado para las entidades financieras; por consiguiente, justificaría un tipo de interés superior.

El mecanismo muestra evidentes bondades, pero esto no evita sombras. Ciertamente es que puede optar el cliente por la manera de satisfacer la deuda, pero si decide suscribir una baja cuota mensual respecto al importe de la deuda, como a menudo sucede, se amortiza el principal en un plazo muy extenso, lo que implica el coste de mayores intereses. Por otra parte, no es posible definir un cuadro de amortización previo —según ocurre, por ejemplo, cuando se formaliza un préstamo—, ya que para nuestro caso la deuda varía y, por tanto, también lo hacen las cuotas a pagar. Ello contribuye a que pueda el consumidor verse sorprendido con la evolución del crédito.

Conviene reparar también sobre las peculiaridades de la comercialización de dichos productos. Buena parte de los contratos discutidos ante los jueces no se formalizaron en entidades financieras por personal experto, sino a través de genéricos establecimientos comerciales y por empleados poco dados en operaciones crediticias. Esto hace presumir que la información facilitada frente a susceptibles clientes tendía sobre todo a destacar sus indudables ventajas, sin ofrecer por completo referencia precisa en cuanto a sus costes o riesgos.

La formalización de tales contratos tuvo distintas modalidades. La más ordinaria fue concertarlos presencialmente, a través de una solicitud en formato papel; pero existieron otros cauces para suscribir el convenio, como el electrónico y el telefónico. El déficit acerca de la documentación de dichos pactos, especialmente para los supuestos en los que la contratación no fue presencial, y sus carencias informativas sobre las estipulaciones del préstamo provoca que los consumidores puedan defender con asiduidad ante los tribunales que nunca llegaron a tener conocimiento preciso de la repercusión del manejo de su tarjeta. Ello, más allá de que se tratase de un producto que les permitía obtener ventajas y bonificaciones en diferentes establecimientos, a la vez que lograban de forma sencilla un crédito que se podía devolver en cómodas cuotas.

Las características menos amables del modelo, así apuntadas, contribuyen a crear una tendencia de repulsa jurídica, por cuanto fomenta un consumo irresponsable y el sobreendeudamiento de quienes lo asumen.

La jurisprudencia va definiendo los límites que afectan a la validez en estos créditos de forma vacilante y no siempre acertada. Luego queda de manifiesto que solo el apoyo normativo otorgaría seguridad al presente sector económico y mercantil. A este propósito, se dictó la Orden ETD/699/2020, de 24 de julio, *de regulación del crédito revolving*. Con amplitud y nitidez, introduce procedimientos que atañen a la comercialización de dichos productos y al cúmulo de informaciones suministrables al cliente con carácter previo, coetáneo y posterior a suscribir el contrato. Desde la vigencia del nuevo método, las entidades cuentan con directrices detalladas acerca del modo de medir más adecuadamente la capacidad de satisfacer las obligaciones asumidas por los prestatarios, lo que permitirá

prevenir el riesgo de prolongación excesiva del crédito y el *sobreendeudamiento*. Asimismo, mejora minuciosamente la detallada noticia que deberá ofrecerse al consumidor en las fases pre y post contractual. Sin duda contribuye de tal suerte a su conocimiento claro y específico acerca del contenido y relieve del modelo y de la deuda que contrae frente a la financiera. Confiamos en que la citada Orden constituya un útil instrumento, que reduzca la litigiosidad y otorgue la necesaria certidumbre al mercado.

II. POLÉMICA Y EVITABLE APLICACIÓN DE LA LEY AZCÁRATE

Desde la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre, se viene admitiendo la Ley Azcárate, de represión de la usura, de 23 de julio de 1908, como instrumento apto de análisis jurídico para la nulidad de las cláusulas abusivas asociadas a los préstamos ligados a las tarjetas *revolving*.

El hecho se produce, según la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo¹, por ser la exclusiva alegación de los actores: «aunque al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores, en el caso objeto de este recurso, la demandante únicamente ejercitó la acción de nulidad de la operación de crédito mediante tarjeta *revolving* por su carácter usurario».

Se comprende hasta cierto punto que supusiera esa una opción en los litigantes, pero resulta insólito que se aprecie por los tribunales de justicia en los actuales términos del ordenamiento jurídico español y comunitario. Si la nulidad derivada de la ilicitud de la cláusula sobre los intereses hubiera podido declararse de oficio, resulta insólito acudir a un remedio que desborda muy ampliamente el marco jurídico de referencia. Cuando la parte actora esgrime un cauce alegatorio confuso e inadecuado bien hubiera podido corregirse de manera oportuna.

1. APRECIACIÓN DE OFICIO DE LA NULIDAD Y SU CAUSA

La declaración de oficio de la nulidad en cierta medida choca con el principio dispositivo y de rogación que gobierna todo el procedimiento civil español; pero es admisible con arreglo a la ley, siempre y cuando se respete la necesaria contradicción de las partes². Las inercias judiciales se muestran poco proclives a dichas intervenciones que, de otra parte, son jurídicamente aptas. Resulta un instrumento que no debe desestimarse *a priori* y que progresa paulatinamente. Constituye una evidencia que hasta cierto punto distorsiona el planteamiento de la litis, pero no es menos claro que se solapa con la pretensión del actor mediante su mejor conducto jurídico.

En efecto, la prohibición de las cláusulas abusivas conduce a la nulidad parcial, pero absoluta, del pacto en que se integre, a través de la fórmula de tenerla por no puesta. Es notorio que apreciar *ex officio* dicha invalidez de alguna manera distorsiona la postura de las partes en la demanda y en la contestación o posible reconvencción mientras no lo hubieran solicitado; e incluso su *petitum* puede ser discutiblemente interferido³. Ahora bien, está fuera de cualquier duda que los jueces son libres de percibir el asunto, pues entre sus funciones está

la de depurar del ordenamiento jurídico cuantos actos sean opuestos a norma imperativa⁴. La doctrina más actualizada en la materia del Tribunal Supremo deja sentado este axioma. De tal suerte, la Sentencia 526/2008, de 5 de junio, recuerda que «en Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1997 se declara que tratándose de una norma legal imperativa [...] no es necesario reconvenir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público». «En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales». El hecho de aceptarse la nulidad radical y absoluta no impide, si es el caso, mantener la parte del negocio que pueda subsistir sin aquel vicio, como en adelante veremos.

2. EL DISCUTIBLE RECURSO A LA USURA

Resulta un hecho incontestable que asumir el juicio del asunto bajo la perspectiva del análisis valorativo y desde la óptica de la usura permite agravios claramente vulneradores, siempre que no se aprecie abuso leonino del acreedor.

Su examen entonces se vuelve más fáctico que jurídico y en relación con la coyuntura económica del momento⁵. Lo declara terminantemente la Sentencia del Tribunal Supremo 141/2013, de 1 de marzo: «se puede recordar la doctrina jurisprudencial que resume la reciente Sentencia de 22 de febrero de este año en el sentido de la facultad de los Tribunales de apreciar la usura. Dice así: “Se impone la facultad discrecional del órgano judicial de instancia (Sentencia de 9 de enero de 1990) o amplísimo arbitrio judicial (Sentencias de 31 de marzo de 1997, 10 de mayo de 2000) basándose en criterios más prácticos que jurídicos (Sentencia de 29 de septiembre de 1992) valorando caso por caso (Sentencia de 13 de mayo de 1991), con libertad de apreciación (Sentencia de 10 de mayo de 2000), formando libremente su convicción (Sentencia de 1 de febrero de 2002)”»⁶.

Como aduce la Sentencia del Tribunal Supremo 406/2012, de 18 de junio, «la Ley de represión de la usura se encuadra dentro del esquema liberal de nuestro Código civil que sienta la base del sistema económico sobre el libre intercambio de bienes y servicios y la determinación de su respectivo precio o remuneración en orden a la autonomía privada de las partes contratantes, “*pacta sunt servanda*”. De esta forma, artículo 1293 del Código subraya la derogación de la legislación antigua sobre la materia, caso de Partidas que admitía, al compás de nuestro Derecho histórico, la rescisión por lesión en la compraventa, proscribiéndose toda suerte de rescisión por lesión que afectase al tráfico patrimonial». «La libertad de precios, según lo acordado por las partes, se impone como una pieza maestra de la doctrina liberal en materia de contratos (SSTS de 9 de abril de 1947, 26 de octubre de 1965, 29 de diciembre de 1971 y 20 de julio de 1993 [*sic, rectius*: 5 de julio]). De este modo, el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255 [CC], se particulariza como sanción a un abuso inmorale, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos». Véase cómo la unión de factores objetivos (desmán) y subjetivos (aprovechamiento) adquiere una indudable trascendencia.

Luego resulta evidente que una norma intervencionista se justifica solo para casos extremos, por cuanto supone una quiebra del régimen común en la materia. Nos referimos al dispuesto en el Código civil de corte liberal y que se ajusta incluso a las determinaciones «*de la economía del mercado*» que contempla *expressis verbis* el artículo 38 de la Constitución⁷. Precisamente los recortes a la histórica rescisión por lesión —ligada en el artículo 1291 del Código civil a procesos en que intervengan representaciones legales—, y la carencia de precio justo que definen el ordenamiento privado español, marcan los parámetros actuales, del todo ajenos a la muy excepcional vigencia de la disciplina contra la usura.

A la hora de la reciente admisión del remedio aportado por la Ley Azcárate, el Tribunal Supremo acude a la cita expresa de su primer artículo en la Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, siguiendo «la doctrina jurisprudencial que fijamos en la Sentencia del pleno de esta Sala 628/2015, de 25 de noviembre». Sin embargo, se realiza en unos términos en esencia insatisfactorios, por cuanto mutila inconvenientemente su contenido, quedándose solo con el primer aserto mientras ignora por silencio el segundo.

La usura requiere un dato de carácter objetivo, que se mide según el exceso que pueda cometer el prestamista, pero esta vertiente ha de unirse con la subjetiva, en relación con la necesidad del prestatario. Así lo contempla la norma textualmente. Ofrece una combinación de factores que no puede obviarse, por mucha que sea la bondad del propósito protector frente al ilícito predominio de uno de los contratantes. No se remedia un abuso con otro desmán de signo contrario, sino que se agudiza mediante dicha viciosa práctica⁸. Con arreglo a la cita fiel del artículo 1 de la Ley de usura, «*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*». Esa indudable acumulación de circunstancias personales y objetivas se borra para el supuesto que nos ocupa.

Las ventanas de oportunidad que ofrecen préstamos sencillos en su concertación, ligeros en sus garantías y de disponibilidad automática no pueden ser ignoradas. Los suscriptores del crédito no lo hicieron obligadamente, sino más bien por lo común al contrario. Si hubiera existido dolo por publicidad engañosa debería demostrarse de manera oportuna por su víctima; y, en cualquier caso, comporta el efecto de simple anulabilidad por vicio del consentimiento (cfr. art. 1269 CC). Los beneficios del modelo permiten su existencia efectiva y, atendiendo a la fría estadística, se comprueba su mayoritaria implantación favorable para los solicitantes del instrumento financiero.

Esta manera de proceder, casi de trazo grueso, contrasta con otros fenómenos a los que se ha querido aplicar las reglas contra la usura, pero con una visión mucho más ponderada y prudente, como en los negocios fiduciarios⁹.

Precisamente la carencia de gravosas garantías no favorece la posible aplicación de la Ley de usura que, por lo contrario, se desveló como un instrumento muy eficaz cuando estas quedaban encubiertas, como en los pactos comisorios.

3. LICENCIAS PROCESALES

Frente a lo que se ha sostenido en ocasiones, la usura no comporta un mecanismo para establecer indiscriminadamente la nulidad de los contratos cuya

prueba sobre posibles vicios de la voluntad concurrentes fuera endeble¹⁰. Más bien, según creemos, ha sido una figura jurídica empleada de ordinario con unas muestras de prudencia elogiables, siempre que se advere la ineludible unión de factores objetivos y subjetivos que caracteriza el fenómeno en su naturaleza¹¹.

Sin embargo, debe reconocerse que su remedio trae consigo algunas ventajas, como el hecho de poder revisarse toda la prueba en la casación. Admite la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1928 que «no se habrían conseguido los propósitos de economía social y de moral pública que inspiraron la Ley de 23 de julio de 1908, sobre préstamos usurarios o leoninos si no se hubiese investido a los tribunales de la omnímoda facultad de resolver en cada caso, formando libremente su convicción cualquiera que sea la forma que revista el contrato y garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido porque siempre la codicia de los usureros habría encontrado en las prescripciones del Derecho civil que regulan la libertad de contratación y en los agobios ineludibles para los prestatarios, los medios hábiles para encubrir bajo el aspecto exterior de otros contratos y llenando aparentemente las exigencias formales de los mismos, modalidades jurídicas que encubrieran los reprobados fines que trataba de reprimir dicha ley especial». Es notorio que vuelve a constatare la necesaria conjunción del abuso con la necesidad y el aprieto del prestatario.

En suma, la interpretación de los actos sometidos a la Ley de 1908 busca más su espíritu que la letra en que se traduce¹². Hasta el punto de que «los Tribunales han de proceder con un criterio más que jurídico, práctico» (STS de 8 de noviembre de 1991; y cfr., entre otras, STS de 28 de enero de 1977). A tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1912, el artículo 2 de la Ley Azcárate «autoriza a los tribunales para resolver en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, libertad absoluta de juicio, que el legislador consideró como intervención necesaria de la conciencia colectiva en la circunstancia judicial para investir a la Administración de Justicia de un poder supremo que en todo momento alcance a impedir e impida que el artificio o la astucia burlen la acción social contra la usura».

Ahora bien, todo tiene su límite. Por tanto, el Tribunal Supremo ha rebajado en la práctica su laxitud para no desnaturalizar la casación y convertirla por esta vía en tercera instancia¹³. Mecánica que no se compadece bien con el perfil del recurso, cuyo carácter en interés de ley, pero no de justicia material, impediría tales efectos, máxime cuando mitiga la prueba constatada en las sentencias de los tribunales inferiores¹⁴. A tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1986, «la determinación de si un préstamo es o no usurario, entraña una cuestión de orden fáctico, que viene atribuida a los Tribunales de instancia, solo combatible en casación acudiendo al cauce del error marcado en el número 7.2 del artículo 1692 de la Ley Procesal 1986 (Sentencias de 25, 30 de enero, 24 y 29 de noviembre de 1984 y 7 de marzo de 1986)». Por eso reiterada jurisprudencia (cfr. SSTs de 8 de octubre de 1981, 26 de octubre de 1912, 25 de octubre de 1924 y 7 de febrero de 1948) sostiene que alegar en casación por vez primera la usura es cuestión nueva¹⁵. Según aduce la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1934, «la naturaleza procesal de la casación es incompatible con la doctrina que, referente a los negocios de usura, lo ha convertido en una especie de juicio de equidad en tercera instancia».

Cuando dicha ventaja lo es solo para una de las partes, distorsiona en su conjunto la relación jurídico-procesal y hasta la horma de los cauces ordinarios. Luego únicamente constituye un remedio del todo excepcional y sometido a estrecha cautela y control de los requisitos que impulsan la represión estricta

de la usura. Ello impediría una perspectiva generosa del fenómeno, que rompiese con su exclusividad para los supuestos de referencia y por los motivos antes alegados.

4. APROVECHAMIENTO ILÍCITO EN PERJUICIO DEL DEUDOR

Ese plausible propósito ético no se cumpliría si es ajeno a las circunstancias que acompañan o por las que atraviesan los prestatarios. Como el Tribunal Supremo justifica, «la desmedida ambición de los prestamistas que, desoyendo los dictados de la moral, se prevalían de las facilidades que encontraban en el régimen de libre contratación para imponer su codicia a quienes, por apremiante necesidad y en situación de agobio, o por marcada inconsciencia, acudían al préstamo, viéndose obligados a aceptar cuantas exigencias y pactos abusivos habían de condicionarse, dio sobrado motivo a la Ley de 23 de julio de 1908, tratando de poner, en lo posible, atajo y remedio a mal tan añejo, y arraigado, reprimiera y sancionase la usura, estableciendo para ello normas y efectos especiales y concediendo a los juzgadores, como medio eficaz para combatir las astucias y artificios con que pudiera encubrirse la ilicitud de lo concertado usurariamente, la excepcional facultad de resolver en cada caso litigioso según su convicción, formado sin obligatorio sometimiento a la resultancia que ofreciesen las pruebas aportadas por las partes al litigio» (STS de 10 de junio de 1940).

Así, asegura la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1924 que la Ley de 23 de julio de 1908 fue dada «para reprimir especulaciones en que el contrato de simple préstamo era utilizado por usureros despiadados en perjuicio de deudores, precipitándoles frecuentemente a la ruina y se dictó después del resultado estéril de otras precedentes de nuestra legislación encaminadas al propio fin de humanidad y economía social, sin haberlo conseguido por el respeto en nuestro Derecho histórico estatuido para la libre contratación». Por eso se aplica sobre todo tipo de cláusulas utilizadas «para cohibir o violentar la aceptación» y otorga «libérrimo ejercicio [...] de las omnímodas facultades» de los tribunales (cfr. asimismo, STS de 10 de diciembre de 1928), que lo convierte a la larga «en una especie de juicio de equidad de tercera instancia» (STS de 13 de octubre de 1934). Luego la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1928 concluye que dicha ley tiene «más carácter ético y social que jurídico, con lo que halla excusa de las especialísimas facultades que otorga, que siendo extraordinarias para cortar la usura, produjeron una innovación de trascendencia en el Derecho común positivo, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo».

Ofrece una hipótesis ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1992 ante una situación indudablemente angustiosa de un deudor. El juez de instancia advierte condiciones leoninas y en solo beneficio del acreedor; en apelación se revoca con interrogantes sobre la constitucionalidad de la Ley de usura y considerando que no se ha probado el abuso suficientemente. El Tribunal Supremo estima demostrada la situación de aprovechamiento por parte del acreedor, gracias a un conjunto de préstamos encadenados, en cuya garantía se acuerda «constitución de hipotecas, venta de fincas, concesión de poderes irrevocables para enajenar y utilización de los mismos»; todo ello en una tesitura económica delicada del deudor, que le priva de la suficiente voluntad a la hora de convenir los pactos. Igualmente, opina que las apreciaciones del artículo 2 de la Ley de usura de ningún modo pugnan con los principios constitucionales, porque una cosa es ausencia de prueba y otra su libre apreciación por los tribunales:

en tales supuestos prima la verdad sustantiva sobre la formal que por lo común gobierna en el proceso civil.

El elenco de situaciones de angustiosa necesidad en el perjudicado resulta muy amplio, y guarda correspondencia con «aquellas modalidades que el ingenio de los prestamistas avizora» (STS de 13 de diciembre de 1958) ¹⁶.

Las circunstancias de vulnerabilidad del deudor responden a factores típicos. Son los que define la ley de usura en el inciso *in fine* de su primer artículo en cuanto «*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*». Luego a los graves aprietos económicos por los que atraviese y le induzcan a pensar que no tiene a su alcance otra salida que concluir el préstamo como mal menor, se suman también las coyunturas de ser neófito en estas lides, o escaso en su juicio y comprensión sobre las auténticas consecuencias del acto suscrito.

Tales elementos distintos pueden concurrir alternativa y no cumulativamente, pero han de acontecer en época coetánea con el pacto, no *a posteriori* (cfr. SSTs de 4 de enero de 1913, 27 de enero de 1914, 30 de enero de 1917 y 10 de junio de 1940) ¹⁷. Esto es, «la partícula “o” no une sino que separa dos casos distintos e independientes», pues «el legislador [...] cuando ha querido exigir conjuntamente la existencia de dos circunstancias ha empleado la partícula “y”, que «en el estilo llano natural precede al último miembro de una enumeración». Por otra parte, «la distinción de las situaciones angustiosas en transitorias y permanentes, excluyendo estas últimas de la protección legal, no tiene fundamento ni en la ley ni en la jurisprudencia y puede decirse que tampoco en la razón, pues lo que el legislador se ha propuesto es perseguir toda explotación de la necesidad por los que de ella se aprovechan para obtener un lucro injustificado y la situación angustiosa permanente, a la cual se puede llegar por múltiples causas sin culpa alguna del necesitado, tiene derecho a ser amparada por la ley» (STS de 24 de marzo de 1942) ¹⁸.

Esta impronta es tan inevitable que, incluso cuando la jurisprudencia más moderna —Sentencia de Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que se basa en su previa Sentencia de pleno 628/2015, de 25 de noviembre— intenta orillar el fenómeno alude a él de manera tácita. En efecto, «han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito *revolving*, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor “cautivo”, y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio».

Ahora bien, ni en la consideración más laxa posible dichos pormenores demuestran un aprovechamiento del prestatario por «*su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales*», que requiere la Ley contra la usura en su primer artículo de manera específica.

Por último, cabe afirmar que un mercado intervenido por la existencia de organismos reguladores oficiales frena la posible aplicación de la ley de usura, cuya misma hipótesis desdice del fenómeno, salvo complicidades asombrosas.

En efecto, hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se ha ocupado recientemente de la materia termina por reconocer el asunto de manera indefectible. Tanto la Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, como la Sentencia del pleno 628/2015, de 25 de noviembre, de la que trae causa, expresamente aluden a que las entidades financieras de referencia están sometidas a la supervisión del Banco de España¹⁹. Mediando su actividad de control resulta insólita la característica del aprovechamiento casi profesionalizado propio de los usureros²⁰. Las recientes Sentencias del Tribunal Supremo también del pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, claramente indican que «en cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria». En fin, un sector regulado como el que tratamos reduce drásticamente posibles aprovechamientos ilícitos, pues para eso se instaura el examen externo, público y oficial.

5. TASA DE INTERÉS DESPROPORCIONADO

El interés abusivo «y *manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso*» son uno de los elementos materiales ínsitos a la usura (art. 1, pfo. 1, de la Ley Azcárate y STS de 30 de diciembre de 1987)²¹.

Sobre la cuantificación del interés como usurario, ha entendido la jurisprudencia con fortuna que los intereses abusivos deben relacionarse con el tipo concreto de actividad a que se destine un préstamo (STS de 10 de junio de 1940)²². Por ejemplo, el concurso de una garantía hipotecaria elimina en gran parte el peligro de insolvencia y hace los intereses altos injustos (cfr. STS de 13 de marzo de 1943), de lo que se deriva lo contrario en supuestos como el presente. Así, el fin de los préstamos a diversos negocios de riesgo excluye una posible angustia o necesidad de su tomador (cfr. STS de 21 de octubre de 1911).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1992 declara que la Orden de 17 de enero de 1981 sobre liberalización de los intereses bancarios no relega en el olvido la Ley de usura, que sigue prohibiendo los desproporcionados y que se aprovechen de la situación de angustia (cfr. SSTS de 7 de noviembre de 1990 y 18 de febrero de 1991)²³. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1911 estimó que, pactado el anatocismo, es lícito, pues «admitido que [...] se incurriera en anatocismo que tanto restringen todas las legislaciones por el abuso de la avaricia que un acreedor pueda cometer prevaleciéndose de la ignorancia y miseria del deudor, no hay razón para dudar de su licitud». Resulta evidente que la presencia de la subjetiva situación de necesidad económica o anímica penuria en el deudor constituye un dato siempre insoslayable.

En la cuestión que nos afecta, destaca la Sentencia de Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que se basa en su previa Sentencia de pleno 628/2015, de 25 de noviembre. Según su tenor, «a diferencia de otros países de nuestro entorno, donde el legislador ha intervenido fijando porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de interés “notablemente superior al normal del dinero” y “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”. Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación en la que, una vez fijado el índice de referencia con el

que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos».

A tales efectos, «para determinar si el préstamo, crédito u operación similar es usurario, el interés con el que ha de realizarse la comparación es el “normal del dinero”. Para establecer lo que se considera “interés normal” puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas. No es correcto utilizar como término de comparación el interés legal del dinero». Así, en auxilio de dicha necesaria determinación, «la referencia que ha de utilizarse como “interés normal del dinero” para realizar la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si el mismo es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés, en el momento de celebración del contrato, correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada. Y si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revolving*, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes son determinantes del precio del crédito, esto es, de la TAE del interés remuneratorio»²⁴.

En su virtud, opera el Tribunal Supremo con datos objetivos, que interpretan ambas resoluciones de manera particular *ad casum*. «El tipo medio del que, en calidad de “interés normal del dinero”, se parte para realizar la comparación, algo superior al 20% anual, es ya muy elevado. Cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de “interés normal del dinero”, menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura. De no seguirse este criterio, se daría el absurdo de que para que una operación de crédito *revolving* pudiera ser considerada usuraria, por ser el interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado con las circunstancias del caso, el interés tendría que acercarse al 50%». «Todo ello supone que una elevación porcentual respecto del tipo de interés medio tomado como “interés normal del dinero” de las proporciones concurrentes en este supuesto, siendo ya tan elevado el tipo medio de las operaciones de crédito de la misma naturaleza, determine el carácter usurario de la operación de crédito».

A la vista queda que las valoraciones gratuitas y superfluas que realiza la Sala Primera del Tribunal Supremo en este aspecto no están exentas de cierta carga negativa. Si concluye sobre los elementos objetivos que un tipo medio en tal nicho del mercado es un poco superior al 20%, huelga por completo decir de inmediato que lo juzga «ya muy elevado» y «ya tan elevado». Simplemente constituye un dato de carácter objetivo, son así al margen de sesgos discutibles, que más parecen de parte. No le corresponde a la máxima instancia judicial hacer ese tipo de apreciaciones, que corresponden a los órganos reguladores, salvo que se quiera imprimir una tónica de censura sobre un asunto muy ajeno a sus facultades, conocimientos e intereses.

Esta deriva no hace sino acrecentarse cuando incide de lleno en su competencia. La última idea que promueve resulta casi asombrosa. La TAE de cerca del 27% no puede incrementarse casi hasta el doble (50%) para poner de relieve su exceso a través de hipótesis ficticias y exageradas. Esta evidente falta de mesura vicia el discurso por desmedido e impropio, aun cuando «en el caso objeto de

nuestra anterior sentencia, la diferencia entre el índice tomado como referencia en concepto de “interés normal del dinero” y el tipo de interés remuneratorio del crédito *revolving* objeto de la demanda era mayor que la existente en la operación de crédito objeto de este recurso. Sin embargo, también en este caso ha de entenderse que el interés fijado en el contrato de crédito *revolving* es notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y, por tanto, usurario».

No parece muy razonable con estas consideraciones concluir que «por tal razón, una diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de “interés normal del dinero” y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes». Entre algo más de 20% y poco menos del 27% no hay un abismo, que se trata de inducir elevando este último, aunque como simple imagen, hasta casi su doble (50%). Los términos de comparación simplemente se desbocan.

Con todo, la propia jurisprudencia citada concede un leve respiro teórico a la postura del prestamista, en la medida en que le permite «probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo». Sin embargo, disipa las dudas tomando como base un criterio muy rigorista, pues «como dijimos en nuestra anterior Sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, no puede justificarse la fijación de un interés notablemente superior al normal del dinero por el riesgo derivado del alto nivel de impagos anudado a operaciones de crédito al consumo concedidas de un modo ágil (en ocasiones, añadimos ahora, mediante técnicas de comercialización agresivas)²⁵ y sin comprobar adecuadamente la capacidad de pago del prestatario, pues la concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores, no puede ser objeto de protección por el ordenamiento jurídico. Por tanto, la justificación de esa importante diferencia entre el tipo medio aplicado a las tarjetas de crédito y *revolving* no puede fundarse en esta circunstancia».

Efectivamente constituye una pauta del bien público poner freno a las facilidades de sobreendeudamiento, que puede incidir en una verdadera lacra social medida en términos globales. Ahora bien, no es menos cierto que las ventajas de favorecer el crédito tampoco se tienen en cuenta en un criterio que tiende al desequilibrio. Observadas detenidamente las cosas, todo parece cribarse desde la perspectiva del impago, que de ninguna manera es el ordinario modelo de conducta en la materia. Si se penaliza de dicha forma el mecanismo cuando fracasa no es atrevido pensar sin temor a equivocarse que la oferta se retraerá; y, con ella, el acceso sencillo y alcance del público generalizado al haber líquido, que son valores que deberían ser puestos en la balanza para un juicio más sereno y neutral del fenómeno en su conjunto. Promover el consumo en términos macroeconómicos fomenta el tejido productivo y supone activación del mercado de bienes y laboral que no debería ignorarse. No afirmamos que prevalezca uno por encima del otro en el fiel de la balanza, sino que simplemente se obvia su análisis.

La consecuencia de dicha impronta sumamente práctica que caracteriza el recurso indiscriminado a la Ley de represión de la usura se plasma en una línea jurisprudencial casuística, insegura y no muy provechosa en términos de principios. A la postre, arroja un sistema confuso, profundamente arbitrario y desigual,

percedero y caduco, impropio de un ordenamiento jurídico justo, equitativo, eficaz y avanzado.

6. INVALIDEZ POR USURA Y SUS EFECTOS

Cualquier análisis sobre la nulidad del contrato usurario debe incidir en el tipo de invalidez contemplada por la Ley Azcárate. La norma no resulta especialmente clarificadora, ya que su artículo 1.º se contenta con señalar que *«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»*.

Según hemos visto, para considerar que un crédito es usurario deben concurrir dos elementos bien diferenciados. El primero es un componente objetivo, que se observa en aquellas hipótesis en las que un tipo de interés pactado sea superior al normal del dinero y resulte manifiestamente desproporcionado. Ello aparte, la norma introduce un aspecto subjetivo adicional, cuando se refiere al carácter leonino del crédito; es decir, al hecho de que se hubiera suscrito por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades volitivas.

La concurrencia de sendos factores comporta en la práctica que se hayan planteado distintas fórmulas, tanto doctrinales como jurisprudenciales, para definir el tipo de ineficacia al que se refiere dicha norma. Oscilan entre reconocer una nulidad radical, preferir su anulabilidad o incluso decantarse por una específica variante.

La postura más acertada, en nuestra opinión, es la que sostiene la nulidad radical. En primer término, atañe a un acuerdo contrario a una regla prohibitiva, como es la propia Ley Azcárate. También resulta defendible la existencia de un contrato con causa ilícita, pero en su componente subjetivo. Hemos de advertir que la transacción económica operada en este tipo de pactos tiene una impronta ilícita e inmorale, por tanto, no debería vincular a las partes y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1275 del Código civil, hace que dicho convenio deba reputarse radicalmente nulo.

El Tribunal Supremo sigue, sin margen de interpretación, la tesis proclive a la nulidad absoluta del contrato usurario. La Sentencia 628/2015, de 25 de noviembre, declara «el carácter usurario del crédito *revolving*», lo que «conlleva su nulidad que ha sido calificada por esta Sala como radical, absoluta y originaria, que no admite convalidación confirmatoria, porque es fatalmente insubsanable, ni es susceptible de prescripción extintiva».

Entendemos esta idea como la línea que seguirán mayoritariamente nuestros jueces. Con todo, existe una corriente doctrinal partidaria de adscribir la sanción derivada de la Ley Azcárate dentro de las anulabilidades. Los defensores de la tesis ponen el foco en el elemento subjetivo que debe concurrir para considerar la usura; esto es, en el carácter leonino del préstamo. Estiman que, desde dicha óptica, cabe hablar de un convenio viciado por error o dolo. Es cierto que cuentan con apoyatura jurisprudencial (cfr. SSTs de 17 de diciembre de 1945 y 6 de marzo de 1961), pero es antigua, discontinua y ya extinta²⁶. En efecto, permanece ajena de su vigente rumbo que, como sabemos, considera innecesaria la concurrencia del elemento subjetivo al hacer aplicable la Ley de usura.

Tampoco debe omitirse que, si coinciden causas de invalidez alternativas en un mismo fenómeno, debe asumirse la más beneficiosa para el Derecho. En materia de nulidades, la que despoje de raíz al ordenamiento de sus ramas muertas, los actos radicalmente inútiles y viciosos, que lo perjudican en su conjunto y no solo en cuanto a los protagonistas.

En el fondo, esta minoritaria opción incurre, a nuestro juicio, en el mismo defecto de la criticada deriva jurisprudencial, pero de signo contrario. Así como esta pretende que con solo el frío dato del interés excesivo basta para concebir la usura, en aquella el peso del asunto se vuelca sobre los aspectos subjetivos de vulnerabilidad en el deudor. Por eso prefiere como remedio el error o el dolo que causan simple anulabilidad. Un criterio más equilibrado combina sendos factores y permite su ponderada calibración, que produce la característica nulidad radical, pero no completa de todo el contrato, sino exclusivamente de sus elementos ilícitos desde dicha perspectiva.

Una vez defendida la nulidad absoluta, cabe incidir en sus efectos. A este propósito, el artículo 3 de la Ley Azcárate asigna que *«declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado»*.

Observadas detenidamente las cosas, esta disposición de inicios del siglo pasado responde a la lógica de su tiempo. Enlaza con la noción clásica, vetusta e idílica contemplada en el Código civil para *«el simple préstamo»*, que *«puede ser gratuito o con pacto de pagar interés»* (art. 1740, *in fine*, CC); luego *«no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado»* (art. 1755 CC). Esa categoría naturalmente gratuita, inserta en las antiguas fuentes romanas, no resulta del todo acorde con su esquema legal, por cuanto la obligación de satisfacer intereses casi pertenece al capítulo de las obligaciones asimismo naturales. En efecto, *«el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital»* (art. 1756 CC). En suma, el pago espontáneo del precio del préstamo de dinero no da derecho a repetición —ya sea directa, ya indirecta por imputarse al pago de capital—, por mucho que no hubieran podido exigirse de suyo a falta de pacto expreso.

Esta indudable ambivalencia queda manifiestamente proscriba en la realidad, dejando el esquema de su planteamiento en el terreno de las utopías. Sobre todo en el plano mercantil, aunque insista el artículo 314 del Código de Comercio que *«Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito»* y añada el artículo 315, párrafo 2, del propio Cuerpo legal que *«Se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor»*. No es oportuno ampliar una idea tan evidente, mas acaso sí lo sea una breve reflexión sobre las medidas anejas a la usura y sus repercusiones en la materia. La Ley Azcárate asocia su sanción característica con el resultado de corregir la hipótesis hasta reconducirla conforme al efecto propio del préstamo según su concepto legal. Cuando se aprecie su coyuntura, con la vertiente objetiva del exceso crematístico y subjetiva de su carácter leonino, extingue los intereses y considera el alcance gratuito del contrato, pues *«el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida»*. Este prejuicio no se ajusta de ningún modo a una mejor recomposición de posturas en sus actuales parámetros, como de seguido veremos, que requeriría un ajuste más calibrado de la circunstancia, corrigiendo sus excesos sin incurrir en los contrarios.

En definitiva, si se observa que los intereses establecidos son usurarios se declarará su nulidad íntegra y el actor deberá devolver la totalidad de las can-

tidades dispuestas pendientes de amortización. En caso de que haya el cliente satisfecho una cantidad superior a la recompuesta, corresponderá devolver el exceso a la entidad financiera. Hemos de advertir que, cuando el artículo 3 de la Ley contra la usura determina que deberá el prestatario entregar «*tan solo*» la suma recibida, se descarta, en nuestra opinión, el devengo de intereses que derivaría del ordinario alcance del artículo 1303 del Código civil —«*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*»—, penalizando así al prestamista que ha incurrido en usura.

Esta sanción por conducta impropia es uno de los motivos más poderosos que se aprecia para poner muy en duda la conveniencia de aplicar la Ley de represión de la usura como instrumento apto en nuestra hipótesis. Idea que asoma de forma específica más adelante cuando estudiemos los posibles reajustes del contrato, una vez que se pade de sus cláusulas inadmisibles.

7. EL CANON DEL CONSUMIDOR MEDIO: INFORMADO, ATENTO Y PERSPICAZ

A este propósito, a nuestro juicio reviste interés reconocer que una protección jurídica indiscriminada en favor de los consumidores solo cuando son perjudicados y sobre la base de su ordinaria vulnerabilidad resulta incorrecta.

Por el contrario, en el ámbito de la Unión Europea tanto la legislación como la práctica de su Tribunal de Justicia operan en sentido más abierto a la realidad y fructífero en sus soluciones. Plantea el problema del consumidor medio y su grado de advertencia muy lejos del estereotipo que por infortunio se nos intenta imponer. A su criterio, resulta un sujeto informado, atento y perspicaz en el sector de la contratación de que verse. La defensa paternalista de los consumidores como personas inconscientes de suyo, con capacidad limitada de comprensión, presas fáciles de operadores sin escrúpulos pertenece al pasado, cuando no a la ficción o al relato de parte teñido de interés. No hay duda de que pudo responder a las primeras etapas de la contratación en masa o a distancia, pero sin duda no responde a los actuales tiempos, en los que los mecanismos de información generalizados y las tendencias entre los demandantes han superado las iniciales barreras.

Con ello no se alude solo al conocimiento específico de las condiciones generales de la contratación²⁷, sino a la posibilidad de su acceso. En síntesis, cabe colegir, con la Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2003, de 27 de noviembre, que «las modernas leyes de protección al consumidor y de condiciones generales intentan proteger a los consumidores y usuarios mediante una ampliación de la información sobre las condiciones generales, a las que se van a adherir».

Tema distinto, una vez salvada la posibilidad de su conocimiento, es discutir el canon de comprensión. En este punto, se abre paso una nueva tendencia, que adopta criterios estándar sobre las partes de los contratos afectos, para saber con certeza qué asume cada uno. Cuando el ordenamiento establece como requisitos de incorporación de las condiciones generales que resulten concretas²⁸, claras y sencillas, introduce un conjunto de características en blanco que hacen ardua su forma de calificarse *ad casum*.

El modelo más apto a tales efectos es imaginarse un adherente medio, en las circunstancias concretas que definen su campo de operaciones. Así, un profesional tendrá mayores exigencias que otro individuo.

Esta previsión de normalidad de conducta, entendida como un método ajustable a su tesitura concreta, se impone paulatinamente dentro del Derecho del consumo y gana reconocimiento legal. La Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* formula esta pauta con verdadero acierto y precisión. En su Considerando número 18 advierte que «el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica de consumidor típico», por lo cual «toma en consideración el consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos». «La referencia al consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto». A la vista de tan atinada expresión huelgan otros comentarios acerca de qué quiere decirse con sujeto medio en el sector del tráfico que se considere.

Sin embargo, interesa realizar una mínima cita de la jurisprudencia que alega dicha Directiva 2005/29/CE. Su apoyo en la línea marcada por el Tribunal de Justicia no puede ser más certera. Buen ejemplo proporciona la Sentencia de 16 de julio de 1998 (Gut Springenheide, C-210/96). En ella se incluyen otros asuntos fallados que le sirven de precedente²⁹, a cuyo tenor «el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión». A los tribunales de cada Estado miembro compete decidir concretamente la circunstancia, pues «en la Sentencia de 16 de enero de 1992, X (C-373/90), apartados 15 y 16, el Tribunal de Justicia consideró, a propósito de la Directiva 84/450, que incumbía al órgano jurisdiccional nacional verificar, a la vista de las circunstancias del caso de autos, si, teniendo en cuenta los consumidores a los que iba dirigida» podía considerarse apropiada. Luego «el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Es decir, que la normalidad de conducta que se observa para el consumidor no es solo dictada por los fríos números de la estadística, campo en el que tampoco pueden desdeñarse los sondeos si fuera oportuno a los efectos de fijar con certeza la concreta categoría de que se trata. Igualmente sirve, según sea la materia determinada de referencia, un planteamiento a la luz de criterios abstractos de madurez, información y perspicacia con que presumiblemente operan los individuos en sus contratos sometidos a condiciones generales. La sabia combinación de ambos elementos arroja resultados bastantes y satisfactorios en términos jurídicos.

Ahondan en idéntica directriz también las decisiones concurrentes del Tribunal Supremo español. Las Sentencias de 20 de febrero de 1998 y 5 de julio de 1997 operan sobre la inteligibilidad teórica, por lo que «se imponen una serie de requisitos a las condiciones generales: concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...] lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio». La comprensibilidad, por tanto, se objetiva en la pauta del consumidor

medio del sector del mercado que se considere. A este segundo capítulo responden muy recientemente, las Sentencias del Tribunal Supremo de pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, que toman como propia la tesis de consumidor medio, diligente, informado y perspicaz esgrimida por la jurisprudencia comunitaria. En su virtud, asume «los pronunciamientos de la STJUE de 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia», según «cuyas ideas básicas [...] los elementos principales relativos al cálculo del IRPH eran fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que el índice estaba publicado en el BOE. Lo que permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso) comprender». Así, se induce un evidente cambio de perspectiva respecto a las resoluciones previas.

Por último, el riesgo ínsito a las operaciones negociales constituye la esencia del tráfico jurídico y económico. Intentar hacer inmunes de su impacto negativo a una de las partes supone introducir un desequilibrio artificioso, cuya distorsión a la postre pagamos el conjunto. No tiene sentido asumir las legítimas ganancias de inversiones y negocios, pero al mismo tiempo establecer que si las tornas no favorecen lo previsto serán los particulares en definitiva protegidos de las pérdidas. El propio Derecho civil reconoce desde muy antiguo reglas como la del *periculum est emptoris* que traducen en la práctica las apuestas típicas de las iniciativas comerciales. Característica que se magnifica en la suscripción de préstamos y mecanismos de crédito equivalentes. Por eso solo cuando las condiciones fueran abusivas y obtuvieran lucro de la necesidad ajena debería existir respuesta jurídica en amparo de los más vulnerables. Eliminar las contingencias propias de toda suerte de negocio jurídico y a favor de solo uno de los partícipes constituye un *desideratum* imposible de mantener.

III. NULIDAD IMPRESCRIPTIBLE Y RESARCIMIENTO PRESCRIPTIBLE

Las acciones imprescriptibles son aquellas en las que ni la seguridad jurídica ni los legítimos intereses en juego guardan relación intrínseca con el transcurso del tiempo. Permanecen incólumes y razones de justicia material avalan su constancia sostenible³⁰.

Así sucede con las acciones de nulidad, en la medida que purgan del ordenamiento a simples imágenes despojadas de contenido. Son actos no consolidables, ni convalidables, sin confirmación posible³¹. Meros vestigios vacuos. Su carácter radical implica que nunca tuvieron existencia jurídica firme y, por tanto, eximir al Derecho de su secuela es un anhelo permanente.

Por el contrario, y como regla ordinaria, las acciones en general, sobre todo las relativas a resarcir económicamente hipótesis injustas previas, quedan afectadas por el transcurso de largos periodos. De dicha manera, su ejercicio extemporáneo daría lugar a reconocer en el seno jurídico conductas negligentes de sus legitimados. Asimismo, introducen una quiebra en la seguridad jurídica, que haría durables *in aeternum* situaciones inciertas.

Luego la oportuna distinción entre las acciones de nulidad *per se* imprescriptibles y las derivadas de su resarcimiento económico, se impone. Así como las primeras implican al orden público, las segundas solo atañen a los particulares afectados. En este sentido, admitir su vindicación al margen de la época en que sería factible supone conceder un marchamo jurídico a posibles ventajismos

oportunistas que no puede amparar el Derecho. Abriría las puertas a pretensiones sobrevenidas cuando cambien las circunstancias. La eliminación de la pendencia económica que tiende a perpetuarse constituye uno de los más evidentes argumentos en pro de la certeza jurídica.

Esta pauta se ha ido instalando en la mejor y actual doctrina de los tribunales. Con ello se alude no solo a la española, sino también a la comunitaria. La Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona es un órgano muy especializado en la materia y con reconocido prestigio. Su Sentencia 1828/2020, de 10 de septiembre, que cita otras anteriores del órgano, como la 549/2018, de 25 de julio, incide directamente acerca del asunto aquí planteado, en unos términos que consideraríamos muy satisfactorios. Tanto, que la previa Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19; LG, C-259/19) no hace sino reforzarlos de manera expresa y elocuente. Seguiremos su cita en adelante como desarrollo argumental del problema³².

La referida sentencia de la Audiencia de Barcelona establece que su «punto de partida es el artículo 1930.2.º del Código civil, por el que los derechos y las acciones “de cualquier clase que sean” se extinguen por la prescripción. La prescripción extintiva, aunque afecta a la acción, se traslada al derecho subjetivo tutelado por esta, que también puede verse extinguido por la inacción judicial del titular». Al margen de que expresión no sea del todo afortunada desde un punto de vista de puridad técnica, su sentido no deja de ser diáfano. En su virtud, señala que «el fundamento de la prescripción es doble: desde un punto de vista objetivo, se vincula con la necesidad de dar seguridad jurídica y certidumbre a las relaciones jurídicas (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981 y 30 de noviembre de 2000) y, desde una perspectiva subjetiva, se alude a la presunción de abandono del derecho o a la dejación en su ejercicio por parte del titular (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 y 6 de mayo de 2009)». Ambos factores combinados de forma oportuna dan lugar a su desarrollo con pertinentes consecuencias jurídicas.

El principio en la materia, que constituye su pauta, es la prescriptibilidad como axioma, si bien admite las oportunas dispensas: «la prescripción es la regla y alcanza a todas las acciones, salvo aquellas que el propio Código civil u otras Leyes declaran imprescriptibles, como ocurre con las acciones de filiación (arts. 132 y 133 CC), la de división de la cosa común (art. 400 CC), la acción de partición de herencia, la acción de deslinde y amojonamiento (art. 1965 CC), la acción de nulidad absoluta de la marca registrada (art. 51.2.º de la Ley de Marcas) o las pretensiones no prescriptibles del artículo 121-2 del CCCat». Ahora bien, una cosa es que sea el ámbito de la prescripción generalizado y otra que no deje de suponer su figura una singularidad, incluso en el plano procesal y de planteamiento, derivada de su expuesta raíz jurídica. Por ello, «que la prescripción sea la regla general no es contradictorio con la obligación de interpretar restrictivamente dicha institución, según jurisprudencia reiterada, por no estar basada en principios de estricta justicia (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2013 o 24 de mayo de 2010, entre otras muchas)».

Uno de los supuestos más sobresalientes de imprescriptibilidad se cifra en la invalidez básica de los negocios, por las razones antedichas. Así, «la jurisprudencia también ha proclamado de forma reiterada que la nulidad absoluta o radical de los contratos por inexistencia de causa o por no concurrir alguno de los requisitos del artículo 1261 del Código civil no es susceptible de sanación y, en consecuencia, que la acción es imprescriptible (Sentencias de 18 de octubre de 2005 o 22 de febrero de 2007). Esa doctrina se ha sentado fundamentalmente para distinguir

la acción de nulidad de los contratos por falta de alguno de los presupuestos del artículo 1261 de la acción de anulabilidad por vicio de consentimiento, que está sujeta al plazo de caducidad de cuatro años del artículo 1301 del Código civil. Y, aun cuando doctrinalmente se haya discutido, la misma imprescriptibilidad de la acción alcanza también a otros supuestos de nulidad absoluta, como ocurre con los actos contrarios a la Ley (art. 6.3.º CC)».

En efecto, la distinción clásica, pero sin operatividad en el ordenamiento jurídico positivo español, entre inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad de los actos despliega todo su valor teórico en el caso que nos ocupa. La primera, como indica textualmente la dicción del artículo 1261 del Código civil («*no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes*») competiría por falta de voluntad, causa u objeto. En su añadido, la nulidad absoluta surge si tales elementos resultan contrarios a la ley o carentes de la debida consistencia jurídica, como sería la causa falsa y sin amparo de otra lícita, conocida como simulación absoluta (cfr., art. 1276 CC), con objeto *extracommercium*, imposible, indeterminable o prohibido (cfr. arts. 1271 y sigs. CC), o cuyo consentimiento sea prestado por persona del todo incapaz. Cuando se manifiesten vicios subsanables se trataría de anulabilidad, por mucho que se cite como nulidad en el propio Código. Mientras los primeros supuestos son imprescriptibles en su reclamación, por ser en términos clásicos ramas muertas del entramado jurídico que deben podarse cualquiera sea el tiempo de aducirlas, aquellas acciones que propugnen invalidar actos que hasta dicha instancia produjeron sus efectos pertinentes quedan sometidas a estrictos plazos de prescripción.

Excelente prueba constituye la sanción a las condiciones generales ilícitas y las cláusulas abusivas. Su nulidad absoluta, pero limitada por parcial, sigue un régimen del todo paralelo. Recordemos que tales hipótesis en su plano normativo suelen ajustarse a la fórmula de tenerse por no puestas. Es decir, expulsadas de su ámbito propio de aplicación. Luego arguye la sentencia citada que «la Ley de Condiciones Generales de la Contratación solo declara imprescriptibles las acciones colectivas de cesación y retractación (art. 19.1.º) y la acción colectiva de declaración de una cláusula como condición general (art. 19.4.º). Por el contrario, no declara expresamente imprescriptibles las acciones individuales de no incorporación (art. 7) o de nulidad (art. 8). Ello no obstante entendemos que la nulidad de una cláusula por ser contraria a una norma imperativa o prohibitiva puede hacerse valer en cualquier momento y que al menos la acción propiamente dicha de nulidad, de carácter declarativo, no está sujeta a plazo de prescripción como cualquier otro acto que contravenga una norma imperativa».

Establecida esta base firme acerca de las acciones imprescriptibles y su razón de ser, queda por discernir el amplio abanico de las que prescriben, pues, como bien se adujo, son la regla general en nuestro Derecho. Nadie dudaría *de visu* que las dirigidas a reclamar indemnizaciones pecuniarias son de suyo prescriptibles, en la medida que se ajustan a los dos paradigmas de la figura. Concitan tanto los requerimientos de la seguridad jurídica, que impide tener cuentas pendientes sin límite de tiempo y, a su vez, azuzan la diligencia del acreedor en su impulso.

Sucede, sin embargo, que hay, como en casi todo fenómeno jurídico, espacios de penumbra. La distinción entre acciones no resulta tan simple cuando están anudadas en su raíz. Establecida la nulidad de un acto, surgen las correspondientes vías de reclamación de sus repercusiones jurídicas. Mientras que no existe dilema sobre la imprescriptibilidad de las acciones sustantivas, este se abre para las consecuencias indemnizatorias a que pudiera dar pie³³. La distinción, lejos

de constituir un episodio teórico desprovisto de interés práctico, lo alcanza de forma directa.

Este asunto se analiza en sus justos términos por la sentencia citada. «Cuestión distinta es la relativa a la prescripción de la acción de remoción de los efectos de una condición general nula por abusiva cuando los efectos de la cláusula ya se han producido». Un planteamiento equilibrado de tan espinoso problema requiere mantener la neutralidad, sin omitir las dificultades que se abordan. En consecuencia, se ponen los obstáculos de manifiesto: «ciertamente, cabría sostener que la restitución es un efecto directo de la nulidad, apreciable incluso de oficio y que no es posible distinguir dos acciones donde solo hay una, acción que estaría sometida a un único régimen jurídico en materia de prescripción. Además, no se explica qué interés puede tener el consumidor en la nulidad si no lleva aparejada la remoción de sus efectos, cuando estos son una consecuencia directa y necesaria de aquella. Por último, los partidarios de esta tesis aluden a la retroactividad plena de la nulidad de las cláusulas abusivas, que produce efectos *ex tunc* (STJUE de 21 de diciembre de 2016 en relación con la cláusula suelo) difícilmente compatibles con el establecimiento de un plazo de prescripción o de caducidad»³⁴.

Ahora bien, una cosa es admitir el interés abstracto del actor y otra muy distinta que su conducta obedezca en concreto a dicho canon. Es precisamente mientras no se ajusten ambos extremos cuando surge la incertidumbre planteada sobre la posible prescripción.

En su análisis se ayuda el referente doctrinal, de manera que «toda la doctrina consultada, la clásica (Federico de Castro o Díez Picazo)³⁵ y la más moderna³⁶, tanto los autores que analizan la cuestión desde la teoría general del negocio jurídico como los que lo hacen en relación con la nulidad de las condiciones generales, distinguen, a los efectos de prescripción, entre la acción de nulidad propiamente dicha (acción imprescriptible) y la de restitución de los efectos que se hayan podido producir del acto nulo (sujeta a prescripción), aunque mantienen distintas posiciones sobre el plazo de prescripción y sobre la forma de computarlo». Así es, más tarde veremos que atañe la polémica mejor a su régimen que a su esencia. «La razón última de esa distinción también se encuentra en el fundamento de la prescripción de las acciones, que no concurre en la acción de nulidad y sí en la acción restitutoria o de remoción. Que el negocio jurídico es inexistente o que el acto es nulo de pleno derecho se debe poder hacer valer en cualquier momento, pues el negocio jurídico inexistente no emerge o el acto nulo no se convalida por el mero transcurso del tiempo. De ahí que la nulidad se pueda oponer vía excepción o se pueda pretender mediante la correspondiente acción en todo momento y sin sujeción a plazo de prescripción. Por el contrario, si el acto nulo ha agotado todos sus efectos y estos son conocidos por el titular de la acción, las razones de seguridad jurídica, de presunción de abandono y de tolerancia frente a una situación de hecho explican que la acción para hacer desaparecer esos efectos se someta a un plazo de prescripción».

En consecuencia, «se dice que la acción de nulidad es meramente declarativa de una situación que no precisaría de un pronunciamiento judicial, salvo para deshacer una cierta apariencia negocial o vencer la resistencia de quien sostiene la validez. Por eso la acción declarativa es imprescriptible». «Por el contrario, a todas las pretensiones de condena les alcanza la regla de la prescripción de las acciones “*cualquiera que sea su naturaleza*” por el mero lapso de tiempo fijado por la ley (arts. 1930 y 1961 CC)». Con todo, la incertidumbre persiste, aunque mitigada en los actuales momentos, pues «la Sentencia del Tribunal Supremo de

27 de febrero de 1964 se pronunció en ese sentido, descartando que las acciones restitutorias de actos o contratos nulos sean imprescriptibles. Por el contrario, la más reciente Sentencia 178/2013, de 25 de marzo, en un supuesto de nulidad absoluta por simulación no de nulidad por infracción de norma imperativa, parece mantener un criterio distinto». Es decir, «la cuestión suscita serias dudas de derecho».

Sin embargo, «efectivamente, el carácter abusivo de la cláusula [...] puede esgrimirse en todo momento, tanto mediante el ejercicio de la acción declarativa de nulidad, que es imprescriptible, como oponiéndose a cualquier pretensión con fundamento en la cláusula nula. Por el contrario, si el consumidor, en cumplimiento de lo previsto en la cláusula abusiva, ha abonado alguna cantidad y, en definitiva, la cláusula ha desplegado y agotado sus efectos, por razones de seguridad jurídica, la acción de remoción de los efectos de la nulidad se extingue por el transcurso del tiempo. No nos parece razonable y estimamos contrario a la regla legal de prescripción de todas las pretensiones de condena que la reclamación de gastos [...] no se sujete a un plazo de prescripción y que puedan exigirse esos gastos, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas o incluso siglos con pleno conocimiento por parte del consumidor. Resulta imprescindible asegurar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas de esa forma por tiempo indefinido».

En su virtud, la sentencia distingue hábilmente las acciones de nulidad y de reparación del daño, diferentes en su naturaleza, si bien ligadas en su origen. «No estimamos que estemos ante una única acción de nulidad imprescriptible y que no podamos distinguir, como hace de forma casi unánime la doctrina, entre la acción declarativa de nulidad y la acción de remoción de los efectos. Frecuentemente ambas acciones se han ejercitado de forma separada». Cita en su auxilio la doctrina del Tribunal Supremo en su Sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que refiriéndose a la pretensión del reembolso una vez declarada la nulidad, establece que «esa acción presenta perfiles propios y apreciamos su carácter autónomo respecto de la acción principal de nulidad». «Hay quien sostiene que la acción tiene naturaleza resarcitoria o que se sustenta en el artículo 1158 del Código civil (acción de repetición por pago por cuenta de otro) o en el artículo 1895 del mismo Código (cobro de lo indebido). La remoción de efectos, por otro lado, no es automática, dado que para la distribución de los gastos habrá que estar a lo que dispongan las Leyes sectoriales y a las particulares circunstancias de cada caso (parte que ha solicitado los servicios o en cuyo interés se han prestado, acuerdos entre los contratantes...)».

En suma, «tampoco la retroactividad plena de la cláusula nula por abusiva o la posibilidad de que las consecuencias de la nulidad sean apreciadas de oficio constituye un obstáculo para la prescripción de la acción restitutoria». Luego, «en definitiva y como conclusión, estimamos que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible y, por el contrario, que la acción de reembolso de los gastos indebidamente abonados está sujeta a plazo de prescripción».

La tesis ha recibido respaldo por la jurisprudencia europea que la refrenda. En su cita respetamos las cursivas que contiene la tan citada Sentencia 1828/2020, de 10 de septiembre, de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona. «La *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020*, resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas en dos litigios sustanciados ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ceuta, pronunciándose, entre otros aspectos, sobre si es compatible con la Directiva 93/13 la apreciación de un plazo de prescripción

en la acción restitutoria o de remoción de los efectos de la nulidad de la cláusula de gastos. En concreto, preguntado el Tribunal si, a la vista del principio de no vinculación y del principio del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 (arts. 6.1 y 7.1), *los efectos restitutorios derivados de una declaración de nulidad por abusiva de una cláusula inserta en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, pueden ser limitados en el tiempo mediante la apreciación de la excepción de prescripción de la acción de restitución de cantidad, aunque la acción de nulidad radical que declare la abusividad de la cláusula sea imprescriptible conforme a la legislación nacional, la Sentencia contesta lo siguiente (apartado cuarto)*».

La respuesta recibida no pudo ser más elocuente y favorable a la opinión aquí vertida. «El artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución». «Por tanto, como ya había adelantado en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asunto Gutiérrez Naranjo), el TJUE considera que el establecimiento de plazos razonables de carácter preclusivo para demandar, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión (fundamento 82). El fundamento 84 añade al respecto lo siguiente: “De lo anterior se sigue que el Derecho de la Unión no se opone a una normativa nacional que, a la vez que reconoce el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula abusiva incluida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, sujeta a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de esta declaración, siempre que se respeten los principios de equivalencia y de efectividad”». «La Sentencia destaca, por otro lado, que la normativa comunitaria no regula el plazo para el ejercicio de estas acciones, que se sujetarán a las disposiciones de los Ordenamientos internos de cada Estado miembro. El apartado 83 dice al respecto lo siguiente: “A falta de normativa específica de la Unión en la materia, las condiciones en las que se preste la protección de los consumidores prevista en el artículo 6, apartado 1, y en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 corresponden al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos. No obstante, estas condiciones no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase, en este sentido, en particular, la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24 y jurisprudencia citada)”».

IV. CONCLUSIONES (PARTE I)

I. Es oportuno corregir la perniciosa y actual dinámica que prioriza incondicionalmente a los consumidores, provocando una distorsión en el equilibrio que requiere la justicia, en términos individuales y colectivos. En el ámbito de la Unión Europea rige una concepción del consumidor medio como un sujeto informado, atento y perspicaz, que ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia más reciente.

II. El crédito *revolving* es un producto con amplio despliegue. Canaliza préstamos sencillos en su concertación, ligeros en sus garantías y de inmediata disponibilidad. Su elevado tipo de interés, el propio mecanismo en que se desenvuelve y su discutible forma de comercialización cosecha múltiple polémica jurídica.

III. Admitir su tratamiento con arreglo a la Ley Azcárate parece una medida poco acertada en términos jurídicos y económicos. La usura requiere un dato de carácter objetivo (el abuso del prestamista), que debe conjugarse con el subjetivo (la penuria de la víctima). La nulidad que implica se define radical, absoluta y originaria. No admite convalidación confirmatoria, es fatalmente insubsanable y sin posible prescripción extintiva. Si se decreta la usura, debe declararse la invalidez íntegra del contrato y el actor tendrá que devolver al completo las cantidades dispuestas pendientes de amortización. No se devengarán intereses como forma de penalizar el abuso.

IV. La jurisprudencia, en sus recientes decisiones sobre las tarjetas *revolving*, procura fijar un criterio sobre la tasa de interés superior a los umbrales ordinarios. Se remite a las estadísticas del Banco de España para operaciones de semejante naturaleza. En su desarrollo, el Tribunal Supremo imprime una tónica de censura en un asunto ajeno a sus facultades, conocimientos e incumbencia. Un sector supervisado por la existencia de organismos reguladores reduce posibles aprovechamientos ilícitos, pues para eso se instituye su control externo, público y oficial.

V. La mayoría de los autores y de la práctica de los tribunales apoyan que las acciones restitutorias asociadas al fenómeno son, por el contrario, prescriptibles. Algunos estiman que la reintegración de los importes constituye un efecto automático de la nulidad y que, por tanto, debería seguir su mismo estatuto. Sin embargo, la más destacada doctrina distingue ambas clases de acciones, en la línea de la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19) cuando afirma que la posible prescripción de las acciones resarcitorias es conforme con el Derecho de la Unión.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82)
- STJUE de 7 de marzo de 1990 (GB-INNO- BM, C-362/88)
- STJUE de 13 de diciembre de 1990 (Pall, C-238/89)
- STJUE de 16 de enero de 1992 (X, C-373/90)
- STJUE de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90)
- STJUE de 18 de mayo de 1993 (Yves Rocher, C-126/91)
- STJUE de 2 de febrero de 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92)
- STJUE de 29 de junio de 1995 (Langguth, C-456/93)
- STJUE de 6 de julio de 1995 (Mars, C-470/93)
- STJUE de 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94)
- STJUE de 16 de julio de 1998 (Gut Springenheide, C-210/96)
- STJUE de 26 de octubre de 2006 (Mostaza Claro, C-168/05)
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08)
- STJUE de 15 de diciembre de 2011 (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10)
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (Pereničová y Perenič, C-453/10)

- STJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, C-618/10)
- STJUE de 13 de marzo de 2013 (Caso Aziz, C-415/11)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (Constructora Principado, C-226/12)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo, CC-154, 307 y 308/15)
- STJUE de 13 de septiembre de 2018 (Profi Credit Polska, C-176/17)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gómez del Moral Guasch/Bankia S.A, C-125/18)
- STJUE de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19)

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 21 de octubre de 1911
- STS de 8 de febrero de 1912
- STS de 26 de octubre de 1912
- STS de 4 de enero de 1913
- STS de 22 de noviembre de 1913
- STS de 27 de enero de 1914
- STS de 30 de enero de 1917
- STS de 13 de enero de 1919
- STS de 10 de julio de 1919
- STS de 1 de julio de 1922
- STS de 13 de febrero de 1924
- STS de 29 de octubre 1924
- STS de 29 de octubre de 1926
- STS de 7 de julio de 1927
- STS de 2 de enero de 1928
- STS de 10 de febrero de 1928
- STS de 4 de mayo de 1928
- STS de 10 de diciembre de 1928
- STS de 13 de octubre de 1934
- STS de 26 de mayo de 1936
- STS de 6 de febrero de 1940
- STS de 10 de junio de 1940
- STS de 13 de febrero de 1941
- STS de 9 de abril de 1941
- STS de 24 de abril de 1941
- STS de 18 de junio de 1941
- STS de 6 de julio de 1941
- STS de 24 de marzo de 1942
- STS de 13 de julio de 1942
- STS de 29 de diciembre de 1942
- STS de 12 de julio de 1943
- STS de 31 de marzo de 1944
- STS de 17 de diciembre de 1945
- STS de 9 de abril de 1947
- STS de 7 de febrero de 1948
- STS de 19 de octubre de 1948
- STS de 10 de junio de 1952
- STS de 23 de diciembre de 1954

- STS de 3 de mayo de 1955
- STS de 5 de noviembre de 1955
- STS de 4 de julio de 1956
- STS de 30 de enero de 1957
- STS de 1 de febrero de 1957
- STS de 23 de febrero de 1957
- STS de 4 de junio de 1957
- STS de 30 de octubre de 1957
- STS de 12 de marzo de 1958
- STS de 23 de septiembre de 1958
- STS de 13 de diciembre de 1958
- STS de 7 de marzo de 1959
- STS de 26 de junio de 1959
- STS de 6 de marzo de 1961
- STS de 25 de mayo de 1963
- STS de 18 de junio de 1963
- STS de 27 de febrero de 1964
- STS de 26 de mayo de 1964
- STS de 26 de octubre de 1965
- STS de 15 de diciembre de 1965
- STS de 18 de octubre de 1968
- STS de 29 de diciembre de 1971
- STS de 3 de mayo de 1976
- STS de 28 de enero de 1977
- STS de 4 de mayo de 1977
- STS de 21 de marzo de 1980
- STS de 16 de marzo de 1981
- STS de 8 de octubre de 1981
- STS de 21 de mayo de 1982
- STS de 25 de enero de 1984
- STS de 30 de enero de 1984
- STS de 24 de noviembre de 1984
- STS de 29 de noviembre de 1984
- STS de 17 de diciembre de 1984
- STS de 7 de marzo de 1986
- STS de 20 de junio de 1986
- STS de 30 de diciembre de 1987
- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 7 de marzo de 1988
- STS de 24 de mayo de 1988
- STS de 25 de abril de 1989
- STS de 9 de enero de 1990
- STS de 7 de noviembre de 1990
- STS de 18 de febrero de 1991
- STS de 4 de abril de 1991
- STS de 24 de abril de 1991
- STS de 13 de mayo de 1991
- STS de 8 de noviembre de 1991
- STS de 7 de febrero de 1992
- STS de 24 de febrero de 1992
- STS de 6 de junio de 1992

- STS de 28 de septiembre de 1992
- STS de 29 de septiembre de 1992
- STS de 6 de noviembre de 1992
- STS de 29 de noviembre de 1992
- STS de 10 de diciembre de 1992
- STS de 8 de junio de 1993
- STS de 10 de junio de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 18 de enero de 1994
- STS de 8 de noviembre de 1994
- STS de 20 de febrero de 1995
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 13 de julio de 1995
- STS de 17 de octubre de 1995
- STS de 23 de julio de 1996
- STS de 28 de noviembre de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997
- STS de 31 de marzo de 1997
- STS de 4 de julio de 1997
- STS de 5 de julio de 1997
- STS de 20 de febrero de 1998
- STS de 27 de abril de 1998
- STS de 18 de diciembre de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 15 de junio de 1999
- STS de 31 de diciembre de 1999
- STS 24/2000, de 21 de enero
- STS 467/2000, de 10 de mayo
- STS 1100/2000, de 30 de noviembre
- STS 80/2002, de 1 de febrero
- STS 230/2002, de 14 de marzo
- STS 682/2002, de 2 de julio
- STS 750/2002, de 13 de julio
- STS 32/2003, de 21 de enero
- STS 69/2003, de 6 de febrero
- STS 1012/2003, de 5 de noviembre
- STS 1152/2003, de 27 de noviembre
- STS 1097/2004, de 11 de noviembre
- STS 684/2005, de 29 de septiembre
- STS 739/2005, de 18 de octubre
- STS 934/2005, de 22 de noviembre
- STS 202/2007, de 22 de febrero
- STS 526/2008, de 5 de junio
- STS 311/2009, de 6 de mayo
- STS 340/2010, de 24 de mayo
- STS 352/2010, de 7 de junio
- STS 299/2012, de 15 de junio
- STS 406/2012, de 18 de junio
- STS 728/2012, de 11 de diciembre
- STS 12/2013, de 21 de enero

- STS 141/2013, de 1 de marzo
- STS 178/2013, de 25 de marzo
- STS 265/2013, de 24 de abril
- STS 249/2013, de 25 de abril
- STS 163/2015, de 1 de abril
- STS 654/2015, de 19 de noviembre
- STS 628/2015, de 25 de noviembre
- STS 705/2015, de 23 de diciembre
- STS 606/2016, de 6 de octubre
- STS 140/2017, de 2 de marzo
- STS 234/2017, de 6 de abril
- STS 669/2017, de 14 de diciembre
- STS 240/2019, de 24 de abril
- STS 463/2019, de 11 de septiembre
- STS 663/2019, de 12 de diciembre
- STS 149/2020, de 4 de marzo
- STS 595/2020, de 12 de noviembre

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Sala de lo Penal) 13/2020, de 29 de septiembre

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Jaén 71/2015, de 17 de febrero
- SAP de Valencia 252/2015, de 15 de julio
- SAP de Murcia 138/2016, de 25 de febrero
- SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero
- SAP de Jaén 153/2016, de 7 de marzo
- SAP de Valencia 578/2016, de 27 de abril
- SAP de Valencia 617/2016, de 4 de mayo
- SAP de La Rioja 131/2016, de 16 de julio
- SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre
- SAP de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre
- SAP de Ourense 61/2017, de 21 de febrero
- SAP de Ávila 50/2017, de 3 de marzo
- SAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo
- SAP de Madrid 139/2017, de 31 de marzo
- SAP de Badajoz 115/2017, de 6 de abril
- SAP de Badajoz 186/2017, de 25 de mayo
- SAP de Cáceres 14/2018, de 12 de enero
- SAP de Valencia 62/2018, de 1 de febrero
- SAP de Palma de Mallorca 218/2018, de 15 de mayo
- SAP de Barcelona 549/2018, de 25 de julio
- SAP de Barcelona 560/2018, de 10 de septiembre
- SAP de Lugo 283/2019, de 2 de mayo
- SAP de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero
- SAP de Barcelona 1828/2020, de 10 de septiembre
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de octubre de 2020

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 20 de julio de 2012 (núm. 12.353)
- RDGRN de 20 de septiembre de 2012 (núm. 13.246)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. (2009). Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2004). *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual del consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CANIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4 (octubre-diciembre), 103-123.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993). La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español. En AA.VV. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II. Barcelona: Bosch (1187-1198).
- (2007). Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato. En J. Delgado Echevarría (coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi (495-505).
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997). El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 2831-2875.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- (1953). La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. *Anuario de Derecho Civil*, 1953-II, 1003-1016.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2007). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría). Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I. Madrid: Civitas.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1994). Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada. En A. Polo Díez (dir.). *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I. Madrid: Wolters Kluwer (651-674).
- DURÁN RIVACOBIA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 655-724.
- (1998). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisorio*. Barcelona: Bosch.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, 461-504.

- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2020). La prescripción de la acción de reclamación de cantidad vinculada a la nulidad de una condición general de la contratación. Tensiones entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario. *Diario la Ley*, núm. 9677.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). La prescripción de acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 86-99.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores. En C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex (422-434).
- MUÑIZ CASANOVA, N. (2020). *La cláusula suelo en el préstamo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo: una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- ORDUÑA MORENO, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios* (número especial: Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2020 sobre la usura en los créditos revolving), abril de 2020, 6-13.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. Madrid: Marcial Pons.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2003). Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales. *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2171-2183.
- REGLERO CAMPOS, F. (2000). Comentario al artículo 19. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi (555-568).
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*. Madrid: Sepin.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002). *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2017). Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 87-96.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1998). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley). *Derecho Notarial*, núm. 86, 1-16.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid: Lex Nova.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La acción de restitución de los intereses remuneratorios si se declara usurario un crédito revolving está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código civil. *Diario la Ley*, núm. 9713.

NOTAS

¹ Cfr. su comentario en ORDUÑA MORENO, J. (2020, 1 y sigs.); y ORDUÑA MORENO, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020, 6 y sigs.).

² Suscribir la nulidad de oficio no ampara resoluciones automáticas que se produzcan *in limine litis*. Esta forma de proceder, no del todo insólita, queda extramuros de la ley riuaria, cuyos valores y garantías requieren el debido contraste de los afectados. Los principios de contradicción y defensa obligan al órgano judicial a pronunciarse sobre la nulidad solo después de que los litigantes hayan tenido la ocasión de ser oídos.

³ Un indicio poderoso, aunque inconsistente, de las incertidumbres y las razones profundas que justifican las resistencias a concluir de oficio la nulidad muestra la Sentencia del Tribunal Supremo 1012/2003, de 5 de noviembre. Proceder así «se fundamenta en hechos distintos de los que constituyen el soporte fáctico de las pretensiones de las partes, y la “*ratio decidendi*” viene determinada por cuestiones no planteadas (alegadas y debatidas en el proceso) que determinan indefensión, además de estimarse de oficio la existencia de una simulación que no era susceptible de ello por no afectar al “orden público”. También denuncia que «la Sentencia de instancia infringe el principio de aportación con arreglo al que corresponde a las partes el monopolio de las alegaciones fácticas (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”)», mientras que los aceptados, «aunque consten en las pruebas obrantes en autos, no forman parte del objeto del proceso». Prosigue afirmando que «los Tribunales, como reitera la jurisprudencia de esta Sala (por todas, Sentencia de 31 de diciembre de 1999), deben atenerse a las cuestiones de hecho y derecho que las partes les hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones —“*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*”—. Por otro lado, la respuesta judicial de la instancia no guarda coherencia con los temas suscitados y debatidos, y sustituye la cuestión sometida a debate —“*res de qua agitur*”— por otra distinta, con lo que contradice la doctrina de esta Sala representada, entre otras, por las Sentencias de 25 de mayo y 17 de octubre de 1995, 28 de noviembre de 1996, 27 de abril y 21 de diciembre de 1998 y 27 de marzo de 1999. Además recoge argumentos completamente ajenos al planteamiento de las partes que evidentemente produce indefensión (Sentencias 4 de abril de 1991, 28 de septiembre de 1992, 8 y 10 de junio de 1993, 2 de julio de 2002, 6 de febrero de 2003)». «El principio del “*iura novit curia*” [...] permite un cambio de punto de vista jurídico y resolver las cuestiones suscitadas con razones jurídicas distintas de las contenidas en los escritos expositivos del pleito, pero no autoriza para variar dichas cuestiones, ni, en ningún caso, producir indefensión». Cfr. DURÁN RIVACOB, R. (2019, 50 y sigs.).

⁴ Aun cuando la doctrina del Centro Directivo (hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) no se ocupa por razón de competencia sobre cuestiones procesales civiles, aborda también el fundamento de la medida desde su plano sustantivo. Las Resoluciones de 20 de julio (núm. 12.353) y 20 de septiembre de 2012 (núm. 13.246) recogen y amplían esta idea: «el Tribunal Supremo —Sala Primera— ha declarado reiteradamente (*Vid.* entre otras, Sentencias de 18 de febrero de 1997, 15 de junio de 1999 y 5 de junio de 2008), que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código civil [...] dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público». Así, «existe asentimiento doctrinal en considerar que un negocio nulo por contravenir una norma imperativa está aquejado de una falta insubsanable. La nulidad produce una privación total de la eficacia del negocio con efectos “*ipso iure*”, apreciable de oficio, y no susceptible sanación ulterior; vía convalidación, ratificación o confirmación. De tal manera que la prestación de un nuevo consentimiento posterior al inicial, referido al mismo objeto y causa, no puede considerarse que tenga o pueda desplegar, incluso siendo válido, una eficacia retroactiva al momento en que se prestó el originario; produce efectos “*ex nunc*”».

⁵ Evoca el juicio que formuló en su día FEDERICO DE CASTRO: «existe la amenaza de la pseudo-equidad, de la desgraciada tendencia a interpretar las leyes sentimentalmente, dejando que su sentido cambie, según las circunstancias extrajurídicas del caso», [DE CASTRO Y BRAVO, F. (1953, 1014)].

⁶ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1992 rechaza la usura en «unas complejas relaciones contractuales indirectas en las que parece oportu-

no destacar lo siguiente: el demandado recibe una cantidad en préstamo de parte de los demandantes para la adquisición de unos locales, y en garantía del pago consiente que los vendedores y titulares registrales del local los pongan en escritura pública de compraventa a nombre de los prestamistas». Es lógico inferir que su criterio desde la perspectiva del pacto comisorio hubiera corrido distinta suerte. La mayor lacra del fenómeno es permitir que las consideraciones fácticas arruinen por completo la seguridad jurídica y la certeza que otorga el tratamiento uniforme y equilibrado de las distintas hipótesis.

⁷ El Texto Refundido de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) desde su primer artículo fija sus coordenadas en el sistema de mercado reconocido en la Constitución: «La defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139» (art. 1, pfo. 2, *in fine*, TRLGDCU).

⁸ Ya IHERING hizo ver que los beneficios legales en pro de uno solo de los protagonistas de las relaciones jurídicas resultan contraproducentes [cfr. AAVV. (2009, 13)].

⁹ Así consta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1976. A su tenor, «la figura contractual de compraventa con pacto de retro, que ha ocasionado entre los tratadistas discusiones y polémicas apasionadas por estimar que se presta fácilmente a encubrir negocios usurarios y resultar normalmente desequilibradas las prestaciones relativas al valor real y al precio asignado, habiéndose llegado a propugnar la supresión de dicho pacto por ser un semillero de fraudes y pleitos, tiene sin embargo su justificación en la libertad de contratación proclamada en el artículo 1255 del Código civil y puede obedecer sin duda a razones perfectamente respetables compaginando, por ejemplo, la necesidad de vender, sin más complicaciones para disponer del precio con la esperanza de una posibilidad de recuperar la cosa vendida dentro de un plazo determinado, como consecuencia de un cambio de situación económica; de tal forma que no es posible apriorísticamente adoptar una actitud negativa en todo caso frente a un contrato perfectamente lícito y moral, tipificado como tal en el artículo 1507 del Código civil; y por tanto, lo procedente, cuando el problema se plantea es comprobar por el resultado de la prueba si concurren o no las circunstancias reveladoras de la verdadera intención de las partes al suscribir aquel [...] sin perder de vista que, como dijo la Sentencia de 3 de mayo de 1955, es recomendable especial moderación en el ejercicio de la facultad de calificación de estos negocios jurídicos, en relación con los que puedan encubrir, pues la fe o confianza se conjugan en mayor o menor intensidad en toda contratación y en el negocio fiduciario ha de adquirirse rango superlativo como clave o nota dominante en el concierto de voluntades que constituyó la base fundamental tomada en consideración por los interesados para la conclusión del contrato». Es decir, que los peligros de una concreta fórmula no permiten su prohibición generalizada, partiendo de un esquema respetuoso con la libertad de contratos. Además, vulneraría principios básicos, como el de *favor negotii*, que caracterizan el sistema jurídico español. El prejuicio sobre las carencias intelectuales o volitivas de los consumidores constituye un *apriori* además de injusto, desequilibrado y, según luego veremos, suspicaz. Tampoco es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión, suscrita recientemente por el Tribunal Supremo español en sus Sentencias de pleno de la Sala Primera 595 a 598/2020, de 12 de noviembre. Cfr. por extenso, DURÁN RIVACOBÁ, R. (1998, 186 y sigs.).

¹⁰ Incluso su aplicabilidad a los negocios mercantiles no ha estado fuera de polémica. Se aceptó en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1941 y 13 de enero de 1919, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1936 lo excluye con carácter general en este tipo de contratación, mientras la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1965 contempla los préstamos mercantiles.

¹¹ Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1919 trata de un pleito en que un sujeto vendió al prestamista una finca con todos los enseres, muebles y derechos reales anejos, a cambio del préstamo. Al margen de su posible reproche por la existencia de un encubierto pacto comisorio en garantía, la Sala inadmite la usura, pues no aprecia situación angustiosa del prestatario.

¹² Cfr. entre otras muchas, Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1922, 25 de octubre de 1924, 29 de octubre de 1926, 6 de febrero de 1940, 10 de junio de 1940, 13

de febrero de 1924, 29 de octubre 1924, 29 de octubre de 1926, 13 de febrero, 9 y 24 de abril y 18 de junio de 1941, 13 de julio de 1942 y 31 de marzo de 1944.

¹³ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, 30 de octubre de 1957, 23 de diciembre de 1954, 5 de noviembre de 1955, 4 de julio de 1956, 30 de enero y 4 de junio de 1957 y 12 de marzo de 1958.

¹⁴ Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 24 de abril y 18 de junio de 1941, 18 de octubre de 1968, 25 de febrero de 1988 y 8 de noviembre de 1994.

¹⁵ Sin embargo, esta idea contraviene las especialísimas competencias conferidas a los tribunales en orden a la usura, que rompen con el esquema clásico de la casación civil (cfr. SSTs de 23 de febrero de 1957, 23 de septiembre de 1958, 7 de marzo y 26 de junio de 1959, 25 de mayo y 18 de junio de 1963, 26 de mayo de 1964, 4 de mayo de 1977, 21 de marzo de 1980, 25 y 30 de enero, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 1984, 24 de mayo de 1988, 25 de abril de 1989, 9 de enero de 1990 y 24 de abril de 1991).

¹⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1942 enuncia varias sobrecogedoras: «préstamo usurario por las condiciones en que se contrajo» (enfermedad de la hija, hipoteca vencida y doble del precio de la finca enajenada), por eso resulta significativo «el evento de que se hubiesen simulado garantías ilusorias o alterado la fecha de la obligación para deducir consecuencias que, a pesar de la ilicitud de la convención, y de las derivaciones que, en todo caso, tenían para el prestamista, podían también afectar al prestatario; particularidades todas reveladoras del propósito de construir una ordenación *sui generis*». La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1994 contiene un relato de los hechos que causa verdadero escalofrío: en el caso no se ha podido demostrar que no fuese el 31% el interés realmente aplicado al préstamo concedido por los acusados, pero en todo caso, el interés del 26,7%, que alegan como el realmente aplicado, resultaría también notoriamente desproporcionado para una operación carente de riesgo por la garantía hipotecaria; y si a tal exorbitante interés se añade la circunstancia conocida de la situación de necesidad de la prestataria —viuda, con 7 hijos y con grandes deudas económicas contraídas por su difunto esposo— se llega a la conclusión de las características usurarias de la operación enjuiciada», máxime cuando su «fallecido cónyuge había sido estafado en la cantidad de 20 millones poco antes de morir, desconocedora, por otro lado, de esta clase de operaciones, frente a los acusados, unos expertos en las mismas».

¹⁷ Según esta última sentencia, para reconocer la usura hay que retrotraerse al momento de la perfección del contrato (cfr. también SSTs de 6 de julio de 1941 y 1 de febrero de 1957), en cuya época (data de 1973) el interés del 18% constituye un claro abuso, máxime cuando el precio de la compraventa es inferior al préstamo con que se corresponde.

¹⁸ La Sentencia con solo el interés desproporcionado, como era el 12%, aprecia la nulidad, aunque se utilizó el préstamo en pago de deudas y no para emprender negocios lucrativos que pudieran equilibrar los riesgos de la operación.

¹⁹ Ambas sentencias declaran sobre los intereses suscritos que «al tratarse de un dato recogido en las estadísticas oficiales del Banco de España elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión, se evita que ese “interés normal del dinero” resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del supervisor que apliquen unos intereses claramente desorbitados».

²⁰ Aunque se trate de una jurisdicción diferente, resultan muy expresivas las afirmaciones realizadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en relación con el caso de la salida a Bolsa de Bankia. Uno de los más poderosos argumentos de su Sentencia 13/2020, de 29 de septiembre, señala precisamente que las operaciones intervenidas por los organismos supervisores no permiten un margen de maniobra del todo libre para el fraude y que su autorización refuerza el actuar emprendido a su amparo.

²¹ Es importante advertir que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de enero de 2014 (asunto C-226/12), en interpretación del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un “desequilibrio importante” no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato,

en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales».

²² Cfr., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1912, 22 de noviembre de 1913, 10 de julio de 1919, 17 de julio de 1927, 2 de enero y 10 de febrero de 1928, 12 de julio de 1943 y 19 de octubre de 1948.

²³ En concreto, se sostiene que un interés del 22% no es abusivo; e incluso, para su época, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1941 estima que no es objetivamente desproporcionado el 18% en correspondencia con la operación de que se trata y el tiempo en que se pactó. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1942 considera, en atención a las circunstancias del caso, que no es arbitrario el 8%, aunque sí lo entiende para uno del 100% la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1965, por mucho que se dediquen los fondos bajo cuya condición recibe a fines industriales, máxime si se garantizan con prohibiciones de disponer y el pacto del vencimiento anticipado con los intereses. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1997 sostiene que resulta usurario un préstamo de 5 millones que «dio lugar a un reconocimiento de deuda de 10 millones a devolver en un plazo de 18 meses».

²⁴ Esta propia Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, afirma, citando su precedente 628/2015, de 25 de noviembre, que «dado que conforme al artículo 315, párrafo segundo, del Código de Comercio, «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor», el porcentaje que ha de tomarse en consideración para determinar si el interés es notablemente superior al normal del dinero no es el nominal, sino la tasa anual equivalente (TAE), que se calcula tomando en consideración cualesquiera pagos que el prestatario ha de realizar al prestamista por razón del préstamo, conforme a unos estándares legalmente predeterminados». «A estos efectos, es significativo que actualmente el Banco de España, para calcular el tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo, no tenga en cuenta el de las tarjetas de crédito y *revolving*, que se encuentra en un apartado específico».

²⁵ Este innegable fenómeno por desgracia lleva camino de generalizarse a una y otra parte de la cuestión litigiosa. Nadie puede ignorar que también ciertos bufetes de abogados duchos en estas lides tienden las redes hacia su clientela con idénticas malas artes y agresividad, al menos a la vista de sus anuncios publicitarios.

²⁶ Por ejemplo, según la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1987 la nulidad proveniente de la usura «es la radical, por lo que a diferencia de lo que ocurre con la anulabilidad y puesto que en la indicada norma no se señalan otros efectos (art. 6.3 CC), no se admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes».

²⁷ En esta línea, el discernimiento posible o efectivo de las condiciones generales por el adherente supone una constante a la luz de la jurisprudencia, que infiere de la naturaleza contractual de las condiciones generales su cognoscibilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo 1152/2003, de 27 de noviembre asegura que «no resulta lógico, dentro de un comportamiento medianamente previsor, que [...], no se lea el asegurado [...], al menos las cláusulas limitativas del condicionado general que refleja la propia póliza al final de su condicionado particular; condicionado general coincidente (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1996)». Este mismo criterio erigido en categoría de acto propio contiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1998: «el propio demandante, aquí recurrente, fue el que aportó al proceso, con su escrito de demanda, dichas Condiciones Generales [...] con base en la cual accionaba, lo que ha de entenderse en el sentido de que conocía plenamente el contenido (Sentencias de esta Sala de 7 de febrero de 1992 y 20 de febrero de 1995)».

Incluso más allá de un mero deber subjetivo, toda la legislación tiende como norte a este propósito: «el espíritu que inspira dicho precepto [artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro] no es otro que el de asegurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado. A tal finalidad responde la exigencia de que determinadas cláusulas se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito. Cuando estos requisitos se cumplan, se presume que existe un conocimiento perfecto de dichas cláusulas.

Pero la seguridad de dicho conocimiento, más allá de la observancia de las formalidades dichas, puede obtenerse a través de otras pruebas concluyentes» (STS 750/2002, de 13 de julio). Luego el propósito busca una consciencia real por el adherente del alcance de las condiciones que acepta sin negociarlas.

²⁸ Conviene salvar la *contradictio in terminis*, en que se incurre por mor de las circunstancias. Es evidente que constituye un imposible metafísico que un pacto sea *general* y *concreto* a la vez. En el fondo, se refieren ambos atributos a realidades distintas, una de aplicación y figurada, mientras la segunda es de contenido y estricta.

²⁹ «El Tribunal de Justicia ha tenido que analizar en varias ocasiones la cuestión [...] a la luz de las disposiciones de los Tratados o del Derecho derivado y que, cada vez que le ha parecido que los datos de los autos que obraban en su poder eran suficientes y que la solución se imponía, ha resuelto por sí mismo este aspecto, en lugar de declinar la apreciación final en favor del Juez nacional (véanse, en especial, las Sentencias de 7 de marzo de 1990, GB-INNO- BM, C-362/88; de 13 de diciembre de 1990, Pall, C-238/89; de 18 de mayo de 1993, Yves Rocher, C-126/91; de 2 de febrero de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92; de 29 de junio de 1995, Langguth, C-456/93; y de 6 de julio de 1995, Mars, C-470/93)». A ellas debería también añadirse las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90), de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82) y 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94).

³⁰ Igual ocurre con otras facetas imperecederas, del estilo de la reclamación de filiación, o la de partición de la comunidad y en especial la hereditaria. Tanto el establecimiento de las relaciones jurídicas paterno-filiales, como la individuación de los bienes comunes perduran al margen del tiempo, cuyo paso no debería impedir las legítimas pretensiones de los partícipes. Se trata de reponer de actos debidos fuera del ajeno ámbito eventual.

³¹ El acuerdo doctrinal es uniforme. Por ofrecer una reseña específica sobre Derecho de consumo aquí relevante: cfr. ÁLVAREZ LATA, N. (2004, 54); DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2007, 54); y REGLERO CAMPOS, F. (2000, 566-567).

La jurisprudencia también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de su carácter imprescriptible (cfr. SSTs. 24/2000, de 21 de enero; 32/2003, de 21 de enero; 265/2013, de 24 de abril; 654/2015, de 19 de noviembre; y 606/2016, de 6 de octubre). De forma más concreta, la Sentencia 230/2002, de 14 de marzo, señala que «los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo, de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*, por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles». «Sin que tampoco sea atendible el argumento [...] relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible» (STS 178/2013, de 25 de marzo).

³² La denominada jurisprudencia menor se hizo eco del asunto. Entre otras, destacan las Sentencias de las Audiencias de Zamora 101/2017, de 30 de marzo; de Madrid 139/2017 (Secc. 20.ª), de 31 de marzo, y 75/2016, de 29 de febrero; de Álava 266/2016 (Secc. 1.ª), de 1 de septiembre; de Ávila 50/2017 (Secc. 1.ª), de 3 de marzo; de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre; de Jaén 153/2016, de 7 de marzo; de La Rioja 131/2016, de 16 de julio; de Valencia 252/2015, de 15 de julio, 578/2016, de 27 de abril, y 617/2016 (Secc. 9.ª), de 4 de mayo; y de Murcia 140/2016 (Secc. 4.ª), de 25 de febrero.

³³ Algunos autores —cfr. RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017, 197 y sigs.) y RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2017, 4 y sigs.)— defienden, con apoyo en algunos precedentes jurisprudenciales, la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad y las de su rescaramiento. Su principal idea radica sobre la máxima de que la restitución es automática. Por tanto, si la acción de nulidad no prescribe, lo mismo sucedería con la devolución de lo ya ejecutado.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo 171/1992, de 24 de febrero, «es doctrina reiterada de esta Sala [...] que declarada la nulidad de un contrato procede la restitución recíproca de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, a tenor del artículo 1303 del Código civil, habiendo declarado la Sentencia de 18 de enero de 1904 que “corroboraba este criterio la jurisprudencia de esta Sala, referida a la nulidad absoluta o inexistencia, que ha declarado que las restituciones a que se refiere el artículo 1303 solo proceden, incluso tratándose de contrato nulo o inexistente, cuando ha

sido declarada la nulidad”, obligación de devolver que no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato [Sentencia 10 de junio de 1952] por lo cual no necesita de petición expresa de la parte pudiendo ser declarada por el Juez en cumplimiento del principio “*iura novit curia*”, sin que ello suponga alterar la armonía entre lo pedido y lo concedido, y con la finalidad de evitar, sin necesidad de acudir a un nuevo pleito» (cfr., asimismo, STS. 934/2005, de 22 de noviembre).

³⁴ Discuten la posible autonomía de acciones PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019, 80) y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (2007, 75).

³⁵ Por ofrecer su referencia concreta, cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991, 509) y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 491).

³⁶ Cfr., entre otros, MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017, 88) y CAÑIZARES LASO, A. (2016, 103-213).

2. DERECHO MERCANTIL DERECHO DE CONTRATOS

De nuevo sobre la compraventa de empresa
y la acción de daños y perjuicios. Algunas notas
sobre la extensión del convenio arbitral
a la sociedad adquirida ante el incumplimiento
de las declaraciones y manifestaciones

*Again about corporate sale and action
for damages. Some notes of the active
legitimation of the acquired company in the event
of breach of the representations and warranties*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: Aceptada la legitimación activa de la sociedad adquirida para la reclamación de daños y perjuicios sobre la base de la estipulación contractual en favor de tercero, habrá que determinar, en su caso, si un posible convenio arbitral inserto en el contrato de compraventa de empresa firmado por comprador y vendedor también afecta a la sociedad adquirida.

ABSTRACT *Once the active legitimation of the acquired company has been accepted for the claim for damages based on the contractual stipulation in favour of a third party, it will be necessary to determine, where appropriate, if a possible arbitration agreement inserted in the company sale contract signed by buyer and seller also affects to the acquired company.*

PALABRAS CLAVE: Compraventa de empresa. Acción de daños y perjuicios. Convenio arbitral y estipulación en favor de tercero.

KEY WORDS: *Corporate sale. Damages. Arbitration agreement and stipulation in favour of third party.*

SUMARIO: I. DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO.—II. DE LA INAPLICACIÓN GENERAL DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCERO.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA ESTIPULACIÓN EN FAVOR DE TERCERO

En un trabajo anterior ya expusimos nuestra opinión acerca de considerar legitimada activamente a la sociedad adquirida para la reclamación de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y declaraciones típica en un contrato de compraventa de empresa, sobre la aplicación a la cláusula contractual en cuestión de la doctrina de la estipulación en favor de tercero¹.

Es habitual en la práctica la construcción del clausulado relativo al efecto de las declaraciones y manifestaciones de tal manera que no solo se encuentra legitimado el comprador o adquirente de la empresa o acciones adquiridas sino la propia sociedad adquirida.

Una cláusula contractual tipo de las que venimos hablando podría ser la siguiente:

«Cualquier falta grave y esencial de veracidad, exactitud, corrección o adecuación a la realidad e integridad de las Manifestaciones y Garantías del Vendedor, así como cualquier incumplimiento grave y esencial de las obligaciones asumidas por el Vendedor en este Contrato, será considerado como un incumplimiento contractual grave y esencial (en lo sucesivo, «Incumplimiento»).

En caso de Incumplimiento, el Vendedor se obliga a indemnizar al Comprador y/o la Sociedad, a decisión del Comprador, de todos los daños y perjuicios efectivos que estos puedan sufrir como consecuencia del Incumplimiento.

En consecuencia en los casos citados en el párrafo anterior, el Vendedor se compromete e irrevocablemente se obliga a indemnizar al Comprador y/o a la Sociedad, a decisión del Comprador, por cualquier daño efectivo («Daño Indemnizable») definido como quebranto o impacto patrimonial negativo cierto y que se produzca efectivamente en la Sociedad como consecuencia de un Incumplimiento culpable o doloso, que tenga su origen o viniera producido en virtud de actos, negocios, situaciones, hechos, omisiones o vicios anteriores al día de la Fecha de Cierre, aunque sean reclamados, conocidos o liquidados con posterioridad, así como de los daños y perjuicios que, puedan producirse al Comprador y/o a la Sociedad como consecuencia de cualquier Incumplimiento».

Decíamos que no conocemos jurisprudencia que analice la naturaleza jurídica del problema propuesto, a saber, el de la legitimación activa de la sociedad adquirida, aunque para un caso que guarda cierta similitud, hemos encontrado la respuesta desde el régimen de la estipulación en favor de tercero previsto en el artículo 1257 del Código civil.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011 (*JUR* 2013, 115652), donde se analizaba la naturaleza jurídica de la cláusula que imponía la obligación de indemnizar a una sociedad no firmante de un contrato las posibles contingencias o pasivos ocultos, se razonó su consideración como estipulación en favor de tercero (ex. art. 1257.2 CC).

Pues bien, la misma Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de junio de 2011 antes citada, nos ofrece también respuesta sobre la inoponibilidad, en este caso, del convenio arbitral al beneficiario de una estipulación en favor de tercero incluida en un contrato, sirviéndonos también, por tanto, como argumento para sostener la conclusión que entendemos correcta, a nuestro juicio, y es que la posible cláusula arbitral que la partes del contrato de compraventa

de empresa, a saber, vendedor y comprador, hayan suscrito para dirimir las controversias del mismo en nada puede resultar oponible a la sociedad adquirida, si es esta la que decide accionar sobre la base de la estipulación en favor de tercero antes referida.

El tercero beneficiario de la estipulación debe tratarse de una persona —física o jurídica— distinta a las partes y de las que no traiga causa.

Define por ello la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 4126) este contrato como:

«aquel que, celebrado válidamente entre dos personas, es dirigido, sin embargo, a atribuir un derecho a una tercera, que no ha tenido parte alguna, ni directa ni indirectamente en su conclusión y que, a pesar de ello, logra efectivamente atribuírselo en su propia persona».

Una pretendida extensión del convenio arbitral a la sociedad adquirida no supondría más que obviar que el beneficiario de la estipulación no es parte contractual, sino precisamente destinatario y titular del objeto de la estipulación, como es el mantenimiento de la indemnidad y responsabilidad de la demandada por el incumplimiento alegado, pero siendo ajeno al resto del contenido contractual por no ser parte del mismo. Es decir, se inaplicaría por completo la previsión de nuestro artículo 1257.2 del Código civil².

En este sentido y en apoyo de lo anterior, hemos de volver a traer a colación la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 334/2011 de 29 junio de 2011 (JUR 2013, 115652) que, en un caso análogo, sobre el particular, motiva la inaplicabilidad del compromiso arbitral al beneficiario de una estipulación en favor de tercero incluida en un contrato, cuando dice que:

«Dicha estipulación a favor de tercero, se regula en el artículo 1257.2 del Código civil, y en virtud de la cual los contratantes convienen una prestación a favor de tercero que confiere a este, en el aspecto de que se haya aceptado (lo que puede realizarse de forma expresa o tácita) un derecho de exigir la prestación convenida. Y eso es precisamente lo que sucede en nuestro supuesto. Toda vez que el pacto parasocial nunca fue suscrito por LIDERA, aun cuando lo fue por todos los socios de la sociedad, ya en nombre propio ya en nombre de las sociedades de las que eran legales representantes D. Ángel Daniel, D. Jose Antonio, D. Juan Miguel, D. Artemio y D. Darío. LIDERA no firmó el pacto parasocial que contenía el pacto de sumisión a arbitraje; se opuso a la declinatoria de contrario y nunca se remitió a dicho documento, ni siquiera ha expresado su voluntad de someterse a él manifestando frontalmente su oposición».

[El énfasis es nuestro]

Es decir, en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se desestima declinatoria por la sumisión a arbitraje para las reclamaciones de la sociedad que no era firmante de un pacto parasocial ya que por tanto no le vinculaba un compromiso arbitral existente en el referido pacto parasocial. Se da la circunstancia que en el caso de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, también se trataba sobre la veracidad y realidad de los balances aportados en escritura así como a responder y reintegrar a la sociedad cualquier posible contingencia o pasivo oculto con origen anterior al correspondiente contrato o acuerdo.

Por otro lado, en el ámbito del contrato de seguro donde la distinción entre tomador del seguro y beneficiario nos ofrece claramente el presupuesto de aplicación de la estipulación o contrato en favor de tercero del artículo 1257.2 del Código civil, también ha sido negada la extensión del convenio arbitral al beneficiario, citándose por todos, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.^a) Auto núm. 161/2010 de 20 de septiembre (*JUR* 2010, 368672), que literalmente reza lo siguiente:

«TERCERO

Así las cosas y firmado por las dos «partes» y por «duplicado», el 12 de julio de 2006 se designa a BANESTO como beneficiario con relación al «cobro de las indemnizaciones...». Para nada más. Nada se añade ni se acepta sobre aquella hipótesis de cumplir las obligaciones. El único efecto es aquel indicado. Para mayor exactitud se finaliza: «...sin que la presente designación constituya otra adición que la expresamente pactada...». Es decir, BANESTO queda como tercero beneficiario y en consecuencia tampoco es considerado como parte del contrato. La conclusión de cuanto se ha expuesto es que el artículo 10.2 sobre sumisión al arbitraje únicamente afectaba a los contratantes. No siéndolo BANESTO no le alcanza dicha sumisión, razón que por sí sola basta para la estimación del recurso sin necesidad de extenderse a ulteriores argumentos.

[El énfasis es nuestro]

II. DE LA INAPLICACIÓN GENERAL DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCERO

El convenio arbitral, como es sabido, es el acuerdo de las partes para someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación o ámbito jurídico, contractual o no contractual. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia impera a la hora de examinar su existencia o validez un criterio antiformalista, que considera innecesarias fórmulas rituales, aunque sea exigible, de acuerdo con el artículo 9.3 Ley de Arbitraje, la forma escrita en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, teles, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o del intercambio de escritos de demanda y contestación en que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra (art. 9.5 Ley de Arbitraje). Es, por tanto, esencial que la voluntad de las partes de someter su controversia, actual o futura, a arbitraje sea patente y perceptible.

Como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2003 (*RJ* 850/2003), «(.) lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje».

Jurisprudencialmente, se afirma que es axioma incontrovertido que la interpretación extensiva de la cláusula arbitral a terceros que no la han suscrito, ha de estar sólidamente sustentada, no solo por esta exigencia de la voluntad de sumisión —emisión escrita o tácita, deducida de actos concluyentes— como fundamento de la existencia del convenio arbitral (arts. 9.1., 9.3. y 9.5. Ley de Arbitraje, y, art. II.1. y II. 2., en relación con los arts. IV.1. b] y V.1. a], todos del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958), sino porque el deducir ese conocimiento del compromiso arbitral y por tanto, la inferencia de esa voluntad, lleva aparejada una

radical consecuencia jurídica, nada más y nada menos que la renuncia al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción que, como señala el Tribunal Constitucional (reciente STC 1/2018, de 11 de enero y STC 75/1996, de 30 de abril) es «la *“esencia misma”*, el *“núcleo duro”* —en locución del Tribunal Constitucional—, o *“contenido esencial”* —en expresión de la Constitución misma (art. 53.1 CE)— del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser *«explícita, clara, terminante e inequívoca»*, doctrina que el Tribunal Supremo ha aplicado para rechazar la obligatoriedad de una cláusula arbitral en el caso de que la parte se haya limitado a adherirse a la misma que ha sido predispuesta por la otra parte (por todas, STS de 27 de junio de 2017 [Roj: 2500/2017]).

Y, la Sentencia del Tribunal Constitucional —ya consignada— 1/2018, de 11 de enero, ha incidido que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser *«explícita, clara, terminante e inequívoca»*, añadiendo que *«si bien la renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, no es lícito deducirla de una conducta no suficientemente expresiva del ánimo de renunciar»*.

Esta circunstancia es lo que ha determinado que se haya considerado contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE) *«la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje»*.

Es decir, que exigiéndose esta voluntad clara de sumisión al arbitraje, en caso de no haber unanimidad entre las partes firmantes del convenio arbitral y el tercero no signatario sobre la unión o incorporación de este último al arbitraje pactado por las partes —en este contexto—, regirá *a priori* el principio del efecto relativo de los contratos por virtud del cual —según determina el artículo 1257 CC—, estos producen su efecto solo entre las partes que los han suscrito y no frente a terceros extraños al contrato.

Así se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, sobre la extensión de los efectos de una cláusula de sumisión a tribunales arbitrales a terceros, en su sentencia de fecha 28 de junio de 2017 (C-436/16, *Leventis*) señala que el principio de relatividad de los contratos está presente en este contexto: *«una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato solo puede producir efectos, en principio, entre las partes que acordaron celebrar ese contrato»*; si bien, desde la perspectiva del consentimiento este Tribunal europeo en su Sentencia de fecha 21 de mayo de 2015 (C-352/13, *CDC*), señala que *«Para que esta cláusula sea oponible a un tercero, es necesario, en principio, que este haya prestado su consentimiento a ese efecto»*.

Por tanto, en nuestro ordenamiento se exige el requisito del consentimiento (art. 9.1. Ley de Arbitraje), lo cual no excluye el consentimiento implícito inferido del comportamiento, pero inferir dicho consentimiento, cuando no ha sido expresado, debe encontrarse sólidamente sustentado debido a sus radicales consecuencias legales, como son, entre otras, la renuncia al derecho de acceder a la jurisdicción ordinaria, renuncia que inexcusablemente ha de estar basada en la voluntad, pues lo contrario implicaría una lesión directa al ejercicio de su derecho fundamental a recabar la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en tanto que se vería privado de recurrir a ella sin su consentimiento y por la decisión de otros, cuando no puede olvidarse que el ejercicio del derecho fundamental es personalísimo y nuestra ley de arbitraje —en consecuencia— exige que el convenio deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Existen varias teorías doctrinales sobre la extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes, tales como la del mecanismo contractual o societario, en el que salvo pacto en contrario, la cláusula arbitral se transmite con el contrato automáticamente, sin necesidad de examinar la intención de las partes que quedan vinculadas por la cláusula arbitral, ya que el nuevo titular quedará vinculado en virtud del derecho contractual (cesión, asunción simple o solidaria de la deuda, transferencia de patrimonio.) o societario (fusión, escisión, transformación de empresas, transferencia de patrimonio...).

Y, conforme a la jurisprudencia, la extensión de la cláusula arbitral a terceros, se realiza mediante la aplicación de los principios de la buena fe y del abuso del derecho, y así nos encontramos con distintas teorías: 1.^a La del levantamiento del velo, cuya base no es el consentimiento de las partes, sino la extensión subjetiva, basada en el principio de buena fe; una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de dicha entidad separada cuando en realidad utiliza dicha forma de manera abusiva, para eludir o limitar la responsabilidad. 2.^a La teoría de los actos propios, que implica que una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejerce derechos con base en el mismo, no puede luego pretender que no está sujeta a la cláusula arbitral contenida en dicho contrato. Por otro lado, la cláusula arbitral se puede extender a terceros en base al consentimiento, por referencia, o mediante un consentimiento implícito, basado en la apariencia creada, (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 13/2015, de 5 de mayo, Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de noviembre de 2005 y 15 de octubre de 2010).

En relación con las decisiones dispares del Tribunal Supremo, este ha negado la llamada extensión o transmisión del convenio arbitral a quienes no lo han suscrito: por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2007 (ROJ STS 4499/2007), en que la Sala Primera no ha permitido extender la cláusula arbitral que prevén los Estatutos de una Comunidad para dirimir las controversias entre comuneros a las reclamaciones de estos contra la Comunidad o de aquella contra estos; o también la STS de 11 de diciembre de 2010 (ROJ STS 1669/2010), que tampoco ha autorizado la extensión de la cláusula arbitral firmada por la empresa a su administrador, demandado junto con la empresa en su calidad de tal; o también, la resolución más alejada en el tiempo, de fecha 7 de julio de 1998 (ROJ: ATS 587/1998) en el que el Tribunal Supremo no permite extender al comprador el compromiso arbitral suscrito entre mediador y vendedor, aduciendo que ninguno de los posteriores actos de ejecución realizados por el comprador se refiere de forma directa al acuerdo arbitral o permite inferir de forma indubitada que su voluntad era aceptar dicha sumisión, pues las comunicaciones posteriores del comprador al vendedor, solo se muestran significativos de la disconformidad de esta con la calidad de la mercancía recibida, sin que en las comunicaciones aparezca referencia alguna al acuerdo sumisorio.

En otro supuesto, en cambio, la Sala Primera del Tribunal Supremo expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo ha suscrito, pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato, en el caso, por su condición de avalista (supuesto resuelto por la STS de 26 de mayo de 2005 (Roj: STS 3403/2005) y citada expresamente por la empresa argelina hoy demandada en su escrito de oposición). El Alto Tribunal lo justifica diciendo en su Fundamento Primero lo siguiente: «(...) *La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina 'transmisión del convenio arbitral'*, y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a

un tercero, este está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato.

Como decíamos, la Sala Primera del Tribunal Supremo expresamente admitió la extensión o transmisión del convenio arbitral a tercero que no lo ha suscrito, pero que está directamente implicado en la ejecución del contrato, en el caso, por su condición de avalista [supuesto resuelto por la STS de 26 de mayo de 2005 (Roj: STS 3403/2005) y citada expresamente por la empresa argelina hoy demandada en su escrito de oposición].

El Alto Tribunal lo justifica diciendo en su Fundamento Primero lo siguiente:

«(...) La presente cuestión se centra en el área a la que moderna doctrina científica denomina 'transmisión del convenio arbitral', y que estudia el tema de si un contrato concede derechos a un tercero, este está vinculado por la cláusula arbitral contenida en el contrato. Permitiendo esta figura introducir en el campo de aplicación del mismo litigio a partes que no firmaron el contrato.

Y en todo momento hay que afirmar que en el presente caso la cláusula o convenio arbitral plasmado en el contrato de 31 de julio de 1992 supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato.

Tal afirmación, además, puede tener su base en lo que se dice en la exposición de motivos de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje que aunque no sea aplicable guarda una magnífica relación con este tema y que habla de la «cláusula arbitral de referencia», la que se puede definir como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

Y en el presente caso la actuación del Banco..., como interviniente posterior como avalista, debe ser introducida en el arbitraje acordado. Por ello su situación procesal no debe impedir la sujeción de la presente cuestión de arbitraje, y es lógica la proclamación de la excepción dilatoria que impide que este proceso sea resuelto por la jurisdicción ordinaria».

[El énfasis es nuestro]

En efecto, el hecho de que una sociedad —ya sea un banco u otro tipo— garantice las obligaciones que otra sociedad asuma con respecto a una tercera, no implica necesariamente que deba conocer el contrato principal. De hecho, de ordinario, el garante tendrá firmado su propio contrato de garantía con la sociedad garantizada.

O sea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, no es aplicable al presente caso por: (i) no se debatía como ahora la existencia de una estipulación en favor de tercero, que no hace parte del contrato; (ii) la sociedad adquirida no estaba implicada en la ejecución del contrato de compraventa, lo cual obviamente solo compete a las partes contractuales (vendedor y comprador) resultando la *ratio decidendi* de dicha STS de 26 de mayo de 2005 la extensión del convenio arbitral a un tercero que está directamente implicado en la ejecución del contrato, como era el caso de un Banco avalista.

Para atender la extensión del convenio arbitral al banco avalista que realiza la meritada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, hay que tener presente que dos excepciones a la regla general de no transmisibilidad serían, a

nuestro juicio, tanto la *cesión del contrato* como la *subrogación*, situaciones que obviamente no se producen en nuestro caso.

Así pues, en virtud del *contrato de cesión* todos los derechos y obligaciones del contrato originariamente otorgado por el cedente y el cedido permanecen inalterados; mantienen su validez y vigencia. El cesionario queda subrogado en el lugar del cedente con consentimiento del cedido. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación de este negocio jurídico ha precisado que la cesión del contrato «*produce la transmisión del conjunto de los efectos de un determinado contrato a un tercero, pero siempre entendiendo dicha cesión con carácter unitario, o sea, con todo lo explicitado en el primitivo contrato, o sea, sin que suponga la sustitución de un contrato por otro posterior, pues en este caso surgiría la figura de la novación*» STS de 19 de septiembre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:5226.

Por ello, coincidimos con GÓMEZ JENE³, cuando concluye sobre este particular lo siguiente: «Así las cosas, es lógico concluir que cuando el cesionario firma la cesión del contrato acepta todas las cláusulas del mismo, incluido, evidentemente, el convenio arbitral. La independencia que el artículo 22 LA proclama del convenio arbitral respecto de las demás cláusulas del contrato no opera en este contexto, pues dicha independencia se concibe a los solos efectos de que el árbitro pueda entrar a valorar la nulidad del contrato donde el convenio se inserta. Por otro lado, excluir el citado convenio del contrato cedido implicaría modificar una cláusula del mismo, lo que a la postre impediría calificar el negocio jurídico como *cesión de contrato*.

Argumentos similares son esgrimibles en el supuesto de *subrogación*. De hecho, el Tribunal Supremo ha aceptado expresamente la subrogación de una aseguradora en el arbitraje; matizando, sin embargo, que no alcanza el convenio arbitral a aquellas aseguradoras que, lejos de actuar como subrogadas en la posición contractual de su asegurada, son traídas al pleito por el ejercicio de la acción directa», STS de 20 de noviembre de 2008, ECLI:ES:TS:2008:6660.

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005, que extiende el convenio arbitral a un banco avalista de la operación comercial lo hace sin duda en base a la aplicación de una de las dos posibilidades lógicas de extensión del convenio arbitral a un tercero, a saber, la posibilidad de subrogación que tiene el fiador en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, en función de la aplicación del artículo 1839 del Código civil, lo cual obviamente ha de encontrarse el marco procedimental para el ejercicio de tales derechos, como resulta ser la cláusula arbitral.

De esta forma y por las mismas razones, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2018 (Id Cendoj: 28079310012018100054) tampoco resulta de aplicación al debate propuesto, puesto que de nuevo está analizando la posibilidad de extensión de un convenio arbitral ante un supuesto de subrogación contractual.

«...el contrato de franquicia de fecha 18 de marzo de 2005 suscrito entre COR-SEC SL y Dña. Marina contiene en su artículo 20, una cláusula arbitral o convenio, el cual es claro al respecto, pues en el mismo se hace constar que “20.- Las partes intervinientes acuerdan que todo litigio, discrepancia, cuestión o reclamación resultante de la ejecución o interpretación del presente contrato o relacionado con él directa o indirectamente se resolverá definitivamente mediante arbitraje de equidad en el marco de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a la que se encomienda la administración del arbitraje y la designación de los árbitros de acuerdo con su Reglamento y Estatutos. Igualmente las partes hacen

constar expresamente su compromiso de cumplir el laudo arbitral que se dicte". Contrato que se encuentra firmado por ambas partes intervinientes.

C.- Aplicando lo anteriormente analizado al presente caso, debemos afirmar que son correctas las conclusiones alcanzadas por la árbitro en el Laudo impugnado, sin que las mismas se puedan tachar de ilógicas o irracionales, puesto que tras razonar que ha quedado suficiente acreditado que el Contrato de Franquicia de la Red «Tintorerías Rápidas Pressto» de 18 de marzo de 2005 suscrito entre CORSEC SL y Dña. Marina es el único contrato válido y firmado por las partes (77), concluye, por un lado, que con fecha 23 de mayo de 2008 se aprueba la fusión por absorción de las sociedades CORSEC SLU y PRESSTO ENTERPRISES SLU (85), y, por otro, que MARGON SC se subrogó en el Contrato de Franquicia de 18 de marzo de 2005, conclusión esta última que llega tras el análisis de la prueba practicada, y en concreto en base a tres elementos:

1.º Los Estatutos de MARGON en los que se recoge su objeto social «Tinte limpieza en seco lavado y planchado de ropas hechas y de prendas y artículos del hogar usados», sociedad civil que constituyen Dña. Marina y Dña. Rafaela el 20 de junio de 2005.

2.º Las facturas, ya que desde el inicio de la relación contractual con Dña. Marina aparece MARGON como pagadora de las facturas giradas por PRESSTO (antes CORSEC), relacionando distintas facturas de los meses de marzo y octubre de 2005, que fueron trasladadas a MARGON, facturándose a la misma con posterioridad o directamente a la misma —relacionándose seis de ellas en el 91—.

3.º La resolución del Contrato de Franquicia. En este punto queda acreditado que fue D. Carlos Manuel, quien manifestando actuar en nombre de MARGON, —representando a la misma en el procedimiento arbitral—, quien mediante carta de 20 de enero de 2014 comunica a PRESSTO su voluntad de proceder a resolver el Contrato alegando "necesidad por motivos económicos", confirmando esta la resolución o aceptada entendiendo la misma vigente el contrato hasta el 31 de enero de 2014 (92-95)».

Por ello fue la subrogación contractual de un tercero la que le valió la extensión al mismo de la cláusula arbitral, lo que obviamente no sucede en el caso de Autos, entre mi mandante y la demandada y de ahí que no resulte de aplicación la *ratio decidendi* de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2018 por las razones expuestas.

Por último, tampoco resulta de aplicación a este debate, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 79/2015 de 3 de noviembre (*JUR* 2016, 203480), que enjuicia un supuesto de extensión de una cláusula arbitral incluida en un clausulado general de un contrato swap a otro contrato swap perfeccionado telefónicamente por las mismas partes, que exponía el problema y ofrecía su solución con el siguiente tenor literal:

«En el caso examinado, no cabe negar la realidad de una nueva y distinta contratación mercantil en la llamada Operación III, realizada telefónicamente el día 1 de octubre de 2008, que pone fin y sustituye, con nuevas condiciones, a los 2 contratos de swap previamente suscritos: es esta una fórmula habitual de contratación en el mercado de derivados, admisible, con las debidas garantías, incluso en el ámbito especialmente protegido de los consumidores y usuarios (Directiva 2011/83/UE [LCEur 2011, 1901] y Ley 13/2014 SIC, de 27 de marzo [RCL 2014, 466, 677], de trasposición modificando el TRLGCU [RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372]).

Ahora bien; lo determinante es si de esa conversación se puede inferir una voluntad de sumisión a arbitraje, si esta es deducible de la previa firma por TJJG de las Confirmaciones anteriores de Calendar Swap, o si, por el contrario, se ha de atribuir alguna virtualidad para excluir el convenio al hecho de que TJJG no firmase la Confirmación correspondiente al último Swap contratado, y que, con posterioridad, cuando empezaron a practicarse las liquidaciones, haya intentado la anulación de las Operaciones ante la Jurisdicción ordinaria, negando, en concreto en lo que concierne a la Operación III, la existencia de convenio arbitral.

El convenio se contiene en la cláusula 6 de las confirmaciones de swap sobre materias primas de 15 y 23 de mayo de 2008. La demandada postula que «debe necesariamente convenirse que, aparte de la aplicación expresa a dichos contratos, debe extenderse al contratado telefónicamente el 1/10/2008, aunque no confirmado por escrito, puesto que al ser este una reestructuración de los anteriores y en aquellos fue intención remitir las controversias a arbitraje, hay que tomar la voluntad de las partes en el mismo sentido respecto a esta tercera operación, que, además, canceló las dos primeras».

En las circunstancias del caso y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, la Sala no comparte este criterio. Parafraseando a la precitada Sentencia TSJ Cataluña, el hecho de que los dos primeros contratos guarden relación con el último no habilita, sin más, a aplicar al tercer contrato —donde no se firma el convenio— el compromiso arbitral en aquellos ratificado, dada la especificidad propia de cada una de las relaciones contractuales: a) la duración y las condiciones de los contratos son distintas; b) tampoco se aprecia que las iniciales relaciones contractuales hubiesen de ir seguidas de otras ulteriores, en ellas anunciadas o previstas...

La documentación examinada evidencia que, como pone de relieve la propia demandada, el «Contrato Marco» a que se refiere la cláusula arbitral no es el «Contrato Marco de Operaciones Financieras» (CMOF), pues con «Contrato Marco» se está refiriendo a la propia 'confirmación de calendar swap sobre materias primas' en la que se inserta y no al CMOF que regula cuestiones generales de desarrollo de los contratos tales como lugar y forma de pago, intereses de demora, las causas de vencimiento anticipado, etc., todas ellas homologadas por la Asociación Española de la Banca (AEB).

Pues bien, cada una de las confirmaciones de 15 y 23 de mayo de 2008 literalmente dice: «Esta Confirmación documenta el acuerdo entre nosotros en relación a la Operación de referencia». En consecuencia, la cláusula arbitral contenida en la Confirmación lo es respecto de la Operación que se documenta.

Cuestión distinta y que ha de ser analizada es si, en el caso, cabe postular la existencia de una «cláusula arbitral de referencia».

No se puede hablar en sentido propio de la existencia de una «cláusula arbitral de referencia» por el hecho de que las Confirmaciones aludan a que se ha de hacer todo lo posible para negociar y firmar un CMOF, cuyo clausulado se considera de aplicación, sin modificación alguna, hasta tanto se firme dicho CMOF —CMOF que incluye convenio arbitral en su cláusula 23.1, en conexión con la cláusula 17 de su Anexo I. La razón es bien simple: como pone de relieve la E. de M. de la LA, su artículo 9.4 y la transcrita STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005, 4140), cláusula arbitral de referencia es la que no consta en el documento contractual principal, sino en documento separado, pero que se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Aquí lo que sucede es que ni se firma el contrato principal —confirmación de calendar swap—, que contiene un convenio en su cláusula 6, ni se ratifica el CMOF, siendo perfectamente escindibles la voluntad de contratar el swap manifestada telefónicamente de la específica y expresa

voluntad de someterse a arbitraje; voluntad que puede ser tácita, si evidenciada por actos concluyentes —v.gr., artículo 9.5 LA.

Ahora bien; siendo cierto lo anterior, no lo es menos que en la conversación telefónica habida el día 1 de octubre de 2008 el empleado del Banco, Sr. Evelio, hace referencia expresa a la ulterior remisión del documento de confirmación —«contrato físico» (v.gr., nota 131 del Laudo—, y sí hay motivos para entender, dadas las contrataciones previas, que TJJG conocía el clausulado general de esos documentos de confirmación, en el que se incluía un convenio arbitral (cláusula 6): se puede hablar, en este sentido, de la incorporación del convenio por remisión a documento que lo contiene efectuada mediante comunicación que deja constancia del acuerdo —conversación grabada—. En este sentido, y en atención a las concretas circunstancias del caso —consta también acreditado (§ 59 y nota 36 del Laudo) que el Sr. Anselmo recibió de manos del Sr. Alejandro el documento de confirmación de la Operación III, pidió copia para entregársela a su abogado, pero sin acceder a firmarlo ni dar ninguna explicación—, la Sala sí considera aplicable el artículo 9.4 LA en conexión con el artículo 9.3 de la misma Ley: en la conversación telefónica grabada, que es fórmula hábil para contratar, se ha hecho referencia a que se va a remitir un documento en el que los contratantes saben que se contiene como cláusula predispuesta un convenio arbitral y, ante tal circunstancia, no se formula, ni entonces ni durante meses, reparo ni objeción alguna; y, cuando el representante legal de TJJG tiene a la vista el documento, nada manifiesta sobre que la negativa a firmarlo lo fuera por razón de la sumisión a arbitraje, que es acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato (art. 22 LA)».

[El énfasis es nuestro]

Obviamente, no puede entenderse aplicable la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) Sentencia núm. 79/2015 de 3 de noviembre (*JUR* 2016, 203480), ya que en ella no se discute una extensión a terceros del convenio arbitral, sino la extensión a un tercer contrato del convenio arbitral previamente suscrito por las mismas partes.

Por lo demás, la doctrina de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a) Sentencia núm. 79/2015 de 3 de noviembre (*JUR* 2016, 203480), se encuentra plenamente superada por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 409/2017 de 27 de junio donde la Sala analiza las características que debe tener un convenio arbitral para que deba considerarse la sumisión a arbitraje, señalando:

«La anterior doctrina del Tribunal Constitucional explica que esta sala, en su sentencia 26/2010, de 11 de febrero, con cita de otras anteriores, haya declarado que la cláusula de sumisión a arbitraje, para ser tenida por eficaz, es necesario que manifieste la voluntad inequívoca de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas a la decisión de uno o más árbitros». Sobre que la cláusula se encuentre en un contrato de adhesión plantea el Tribunal Supremo, que es un aspecto muy relevante, puesto que, tiene influencia directa en las reglas de interpretación del convenio: «A la vista de que solo se puede impedir al litigante adherente que acuda a la tutela jurisdiccional en aquellas cuestiones en las que sea “explícita, clara, terminante e inequívoca” su aceptación, al adherirse al contrato, de que fueran resueltas por arbitraje, no puede realizarse una interpretación del convenio arbitral que extienda la competencia de los árbitros a cuestiones que no estén expresa e inequívocamente

previstas como arbitrables en la cláusula compromisoria. Es la única forma en que puede entenderse que consta la voluntad «explícita, clara, terminante e inequívoca» del adherente de aceptar que tales cuestiones se sometan a arbitraje».

Por otra parte, sobre la literalidad del convenio arbitral contenido en el CMOF, entiende el Tribunal Supremo que no debe aplicarse el mismo a las acciones de nulidad del contrato de Swap y Put, estableciendo: *«No puede considerarse que los contratos de swap y put consistan en una simple ejecución del CMOF, como sostiene el recurrente, y que la impugnación de su validez quede comprendida por tal razón en las cuestiones arbitrables previstas en la cláusula compromisoria. No es suficiente con la suscripción del CMOF para que, en su ejecución, se entiendan concertados el swap y el put, sino que es necesaria una nueva prestación de consentimiento para la concertación de estos nuevos contratos, mediante la suscripción de las correspondientes «confirmaciones», que tienen una sustantividad negocial diferenciada (...)»* La sentencia entiende que el hecho de que el CMOF tenga una regulación común para estos contratos de swap y put, no significa que todas las cuestiones derivadas del contrato de Swap y Put, estén reguladas en el mismo: *«En todo caso, la anulación por error vicio de los contratos que entran en la órbita de aplicación del CMOF no es una cuestión regulada en las estipulaciones de este, como no podía ser de otro modo, ni tiene relación directa con las cláusulas de tal contrato, pues deriva de la falta de información sobre los riesgos específicos de los diversos contratos que pueden celebrarse en el marco del CMOF. La anulación de los contratos de swap y put por error que vicia el consentimiento no puede ser considerado propiamente una controversia o conflicto que derive del contrato marco, su interpretación, cumplimiento y ejecución. Por tal razón, no puede entenderse comprendida entre las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral contenido en dicha condición general».*

Finalmente, concluye la sentencia lo siguiente: *«Lo decisivo es, a la vista de la redacción que se dio a la cláusula y de las cuestiones a las que se hacía expresa referencia en la misma, si puede considerarse que el adherente ha aceptado de manera clara e inequívoca la sumisión de determinadas cuestiones a arbitraje y la correlativa renuncia a que las controversias que puedan surgir sobre las mismas sean decididas por un tribunal de justicia. Y, como razona correctamente la Audiencia Provincial, no puede aceptarse que en este caso Agrumexport, al prestar su consentimiento al contrato de adhesión que le fue propuesto por Banco Popular, hubiera aceptado clara e inequívocamente someter a arbitraje cuestiones distintas de la interpretación, cumplimiento y ejecución de las cláusulas del CMOF y, en concreto, la anulación por error vicio del contrato swap y del contrato put concertados en el ámbito de dicho contrato marco».*

A la claridad que nos parece lo anterior, o sea, a la general inaplicación del convenio arbitral a un tercero no firmante del mismo, en función del principio general de la relatividad del contrato y su excepción precisamente consistente en la estipulación en favor de tercero, *ex* artículo 1257 del Código civil, podría argüirse en contra las decisiones arbitrales principalmente en la CCI de París (caso Dow Chemical)⁴ y en la jurisprudencia francesa para permitir la extensión del convenio arbitral a sociedades del Grupo (bien, matriz o filial) de la sociedad firmante del contrato, lo que nos podría hacer pensar solo en un primer momento, estimamos, que con base a esta teoría de Grupos de Empresas se podría lograr la aplicación a la sociedad adquirida de la cláusula arbitral firmada solo por el vendedor y el comprador del contrato de compraventa de empresa, aunque adelantamos que ello a nuestro juicio no es correcto, ya que para ello debe haber una clara y manifies-

ta inequívoca voluntad de las partes de que se proceda dicha extensión arbitral, así como una participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la relación contractual litigiosa requerida para la extensión, lo que generalmente no se produce, ya que en el supuesto que tratamos a la sociedad adquirida simplemente se le concede el beneficio de poder exigir el daño sufrido como consecuencia de la responsabilidad del vendedor derivada del incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones insertas en el contrato de compraventa de empresa.

GÓMEZ JENE en relación con esta doctrina de grupos, sigue siendo igualmente categórico exigiendo la voluntad inequívoca de la sociedad de grupo para quedar vinculada por el convenio arbitral firmado por otra sociedad de su Grupo de empresas⁵ cuando concluye que: «Desde la perspectiva española es destacable que la cuestión ni está expresamente regulada en la LA, ni existe jurisprudencia expresa al respecto. No obstante, de la jurisprudencia existente en materia de extensión de los efectos del convenio arbitral, puede presumirse que, solo en el caso de que concurren circunstancias a cuya luz pueda constatar una voluntad inequívoca de la sociedad no firmante de someterse a arbitraje, es aceptable la extensión de los efectos del convenio a otras sociedades del grupo».

Por otro lado, coincidimos con AGUILAR GRIEDER⁶ cuando razona lo siguiente: «En suma, en aras del respeto de la autonomía jurídica y patrimonial que un grupo de sociedades representa y de la naturaleza consensual de la institución arbitral, la pertenencia a un grupo de sociedades no es suficiente, por sí misma, para proceder a la extensión de la cláusula arbitral a la sociedad o sociedades no firmantes del grupo. Tal como se desprende de la práctica arbitral y estatal anteriormente citada, la pertenencia a un grupo de sociedades no tiene el valor de una presunción de extensión de los efectos de la cláusula arbitral a las sociedades del grupo; siendo un mero «principio de prueba» de la oponibilidad del convenio arbitral a la sociedad no firmante, que deberá ser completado para ser operativo (...). En cualquier caso, la participación necesaria para que haya lugar a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral, a la sociedad o sociedades no suscriptoras del grupo, puede revestir modalidades muy diversas. De hecho, de la práctica arbitral y estatal, partidaria de la teoría de la unidad económica del grupo, se desprende que la participación de la sociedad no suscriptora, en la operación contractual, puede ser, al menos a priori, tanto activa como pasiva. La participación es pasiva cuando la sociedad no firmante, que pretende o a la que se quieren extender los efectos del convenio arbitral, resulte directamente afectada o beneficiada por el contrato principal. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la sociedad matriz no firmante goce de la titularidad de los derechos de la propiedad industrial o intelectual (marcas, patentes, tecnología, etc.) bajo los cuales los productos, objeto del contrato al cual aparezca referida la cláusula arbitral, hayan de ser comercializados (dicha participación pasiva, que es la que con mayor frecuencia se produce en la práctica, conlleva una ratificación tácita del contrato litigioso y, consiguientemente, de la correspondiente cláusula arbitral, ya que, en este caso particular, las relaciones contractuales litigiosas no se pueden formalizar sin el consentimiento de la sociedad matriz); o cuando la finalidad del contrato litigioso sea ceder una parte de las acciones y beneficios, detentados en otras sociedades, a la sociedad no suscriptora (lo cual no implica, necesariamente, la ratificación de la correspondiente operación contractual por parte de la susodicha sociedad)».

En algunas ocasiones, en la doctrina y en la práctica arbitral, precisamente ha sido el argumento de la estipulación en favor de tercero el que se ha utilizado para la extensión del convenio arbitral a una sociedad de grupo, sin embargo,

consideramos que se trata de supuestos diferentes al que nosotros proponemos en este trabajo, ya que se ha defendido que así sea cuando el beneficio afecta a la totalidad del contrato, lo cual obviamente no se produce en nuestro caso, donde no se regula un contrato en favor de tercero englobándose la totalidad del contrato base, sino simplemente una estipulación en favor de tercero individualizada⁷.

De esta forma, AGUILAR GRIEDER⁸ recoge esta posibilidad afirmando lo siguiente: «En primer lugar, es posible que el objeto de la estipulación, efectuada por la sociedad suscriptora del grupo (estipulante) y su cocontratante (promitente), sea el contrato de base al cual aparece referida la cláusula arbitral. Este primer supuesto no presenta especiales complicaciones. La sociedad no suscriptora (beneficiaria) tiene la facultad de aceptar o de rechazar la prestación convenida a su favor; que es el contrato principal. En todo caso, la sociedad no firmante ha de aceptar el contrato como un todo indivisible, sujeto, por tanto, a todas las modalidades que hayan podido pactar las partes para el ejercicio del derecho, incluida la cláusula arbitral. Por lo tanto, en el supuesto de haber aceptado la sociedad beneficiaria del grupo, ya sea de un modo expreso o tácito, la prestación convenida, expresa o tácitamente, a su favor, quedará sometida automáticamente a la cláusula arbitral que a dicho contrato aparece referida; sin que dicha conclusión pueda verse afectada por el hecho de ser la sociedad no firmante demandante o demandada en la vía arbitral».

Por otro lado, en la práctica arbitral internacional, parece desprenderse la posibilidad de que la propia estipulación en favor de tercero consista en la cláusula arbitral y no en el contrato completo, aunque esto hemos de desecharlo en nuestra opinión sobre la creencia de que no cabe la imposición de obligaciones al tercero beneficiario, ya que pese a posiciones doctrinales extranjeras que parecen avalarlo y alguna resolución judicial aislada como es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1995 (*RJ* 1995, 7104), en la posterior STS de 12 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9446), se afirma categóricamente lo contrario, cuando se razona lo siguiente: «*El motivo se estima. En efecto, si la estipulación es en provecho de tercero, el tercero obviamente no contrae ninguna obligación frente al promitente. Las relaciones entre tercero y estipulante son totalmente ajenas al promitente, que ha de cumplir la prestación prometida frente a aquel tercero, sin exigir el cumplimiento de ninguna prestación por parte de ese tercero frente a él. La Audiencia, y en su día el Juzgado de Primera Instancia, calificó expresamente la cláusula del contrato litigioso como estipulación en favor de tercero, pero dedujo de esa calificación unas consecuencias que pugnan totalmente con el artículo 1257 del Código civil*»⁹.

Del mismo parecer es AGUILAR GRIEDER¹⁰, quien concluye sobre el particular lo siguiente: «Sin embargo, no creemos que sea posible que el objeto de la estipulación sea, en lugar del contrato principal, la cláusula arbitral que al mismo aparece referida. Ello es debido a que la estipulación únicamente puede recaer sobre derechos, y toda cláusula arbitral lleva aparejados tanto derechos como obligaciones.

Dicho obstáculo únicamente podría ser salvado estimando que el beneficiario (sociedad no firmante, en nuestro caso) únicamente puede invocar el arbitraje, pero no puede quedar sometido a la correspondiente cláusula arbitral contra su voluntad. Sin embargo, tal posibilidad ha de ser rechazada, ya que la disyunción de la unidad de la cláusula arbitral que la misma provoca resultaría excesivamente compleja, imprevisible y discriminatoria (para la contraparte del grupo de sociedades)».

Por tanto, ninguna argumentación válida creemos que pueda sostenerse para pretender una extensión del convenio arbitral a la sociedad adquirida que ha sido firmado solo por el vendedor y el comprador; tanto desde el prisma de la

interpretación de la cláusula contractual habitual en el contrato de compraventa de empresa como una estipulación en favor de tercero, así como por no encontrarnos ante un caso con clara e inequívoca voluntad de la sociedad adquirida de ver sometida su reclamación a arbitraje con renuncia a la jurisdicción ordinaria, ni en ninguna de las excepciones admitidas doctrinal y jurisprudencialmente.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 21 de mayo de 2015
- STJ de la Unión Europea de 28 de junio de 2017
- STC 75/1996, de 30 de abril
- STC 136/2010, de 2 de diciembre
- STC 1/2018, de 11 de enero
- STS de 10 de diciembre de 1956
- STS de 23 de octubre de 1995
- STS de 7 de julio de 1998
- STS de 19 de septiembre de 1998
- STS de 12 de noviembre de 2001
- STS de 6 de febrero de 2003
- STS de 26 de mayo de 2005
- STS de 27 de mayo de 2007
- STS de 11 de diciembre de 2010
- STS de 27 de junio de 2017
- STS de Justicia de Madrid, núm. 79/2015 de 3 noviembre
- STS de Justicia de la Comunidad Valenciana 13/2015, de 5 de mayo
- STS de Justicia de Madrid de 24 de abril de 2018
- SAP de Madrid de 17 noviembre de 2005
- SAP de Madrid de 15 de octubre de 2010
- SAP de Barcelona núm. 334/2011 de 29 de junio de 2011
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 161/2010 de 20 de septiembre

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GRIEDER. Arbitraje comercial internacional y grupo de sociedades. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009), Vol. 1, núm. 2.
- GÓMEZ JENE. El convenio arbitral: *Statu quo*. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol. 9, núm. 2.
- LETE DEL RÍO, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 2.^a ed., Madrid, 1995.
- LÓPEZ RICHART. *El contrato a favor de tercero* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez.
- MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II.
- REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 96, núm. 782.

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la compraventa de empresa y la acción de daños y perjuicios: algunas notas sobre la legitimación activa de la sociedad adquirida ante el incumplimiento de las declaraciones y manifestaciones. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 96, núm. 782, 2020, 3993-4008.

² Sobre la estipulación en favor de tercero, *Vid.* MACÍA MORILLO. El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, 2020, fasc. II, 559-634.

³ GÓMEZ JENE. «El convenio arbitral: *Statu quo*». *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2017), Vol. 9, núm. 2, 23.

⁴ Laudo CCI núm. 4131/1982, Rev. Arb., 1984, 137-150. Laudo confirmado por la Cour d'appel de París de 21 de octubre de 1983.

⁵ *Vid. op. cit.*, 25.

⁶ AGUILAR GRIEDER. Arbitraje comercial internacional y grupo de sociedades. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009), Vol. 1, núm. 2, 18 y 19.

⁷ Sobre la dualidad estipulación en favor de tercero y contrato en favor de tercero, sobre la singularidad y la totalidad, *Vid.* Lete del Río, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 2.^a ed., Madrid, 1995, 81, quien afirma lo siguiente: «el Código civil se refiere a la posibilidad de que las partes intervinientes en un contrato puedan estipular que una de ella deba realizar una prestación en favor o provecho de un tercero ajeno al mismo (contrato “con estipulación en favor de tercero”); pero tampoco existe inconveniente en admitir la posibilidad de que todo el contrato se haya celebrado en favor de un tercero (contrato “en favor de tercero”)».

⁸ *Vid. op. cit.*, 24.

⁹ *Vid.* en extensión sobre la posibilidad o no de imponer obligaciones al beneficiario de la estipulación, LÓPEZ RICH artículo *El contrato a favor de tercero (tesis doctoral)*. Universidad de Alicante, 2001, directores: Antonio Cabanillas Sánchez y Juan Antonio Moreno Martínez, 400 y siguientes.

¹⁰ *Vid. op. cit.*, 24, quien además, expresa lo siguiente sobre dichas decisiones arbitrales internacionales. De hecho, en alguna ocasión, los árbitros han arropado jurídicamente la decisión adoptada, de un modo implícito, recurriendo para ello a la señalada figura jurídica: *Vid.* la sentencia de la CCI núm. 2375/1975 (*cit., supra*), 974, la cual señalo que las dos sociedades matrices, al firmar el protocolo litigioso, «estipularon claramente tanto para ellas mismas como para sus filiales respectivas» (no obstante, a nuestro juicio, los hechos que rodearon a la susodicha sentencia apuntan a la teoría general de la representación); la sentencia de la CCI núm. 6519/1991 (*cit., supra*), 1067, la cual señaló el alcance de la cláusula arbitral a la sociedad XB, como consecuencia de haber la misma «implícitamente manifestado su voluntad de ratificar las disposiciones estipuladas en su beneficio, y en particular, la cláusula compromisoria que formaba con el conjunto de este acuerdo un todo indivisible»; así como la sentencia de la CCI núm. 7155/1993 (*cit., supra*), 1039. En el plano doctrinal, *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2001, 236-253, así como las referencias en dicha monografía citadas».

3. URBANISMO

La procedente revisión del régimen tradicional de inscripción de la propiedad horizontal tumbada como diferenciado del aplicable al complejo inmobiliario y a la propiedad horizontal ordinaria

The need to change the traditional registration regime for laying-down horizontal property as different from that applicable to the building complex and the ordinary horizontal property

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: Análisis de la posible unificación del régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria en relación con la exigibilidad de licencia o autorización administrativa.

ABSTRACT: Analysis of the possible unification of the registration regime of building complexes, lying-down horizontal property and ordinary horizontal property in relation to the enforceability of a license or administrative authorization.

PALABRAS CLAVE: Complejo inmobiliario. Propiedad horizontal. Propiedad horizontal tumbada. Autorización administrativa. Licencia de parcelación.

KEY WORDS: Building complex. Lying-down horizontal property. Regular horizontal property. Administrative authorization. Parceling license.

Resolución de 27 de enero de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»: A) Planteamiento general. B) Supuestos de asimilación al complejo inmobiliario en sentido estricto. C) Supuestos de asimilación a la pro-

propiedad horizontal ordinaria. D) Análisis crítico desde la perspectiva actual. 3. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL: A) Evolución. B) Contenido. 4. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «ORDINARIA» EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL: A) El criterio inicial en relación con la «modificación» del régimen de propiedad horizontal ordinaria. B) La posterior extensión del criterio anterior a la «constitución» de la propiedad horizontal ordinaria. C) Análisis crítico de la moderna orientación. 5. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE EXTENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»: A) Planteamiento. B) El elemento literal. C) El elemento teleológico. D) El elemento lógico. E) El elemento sistemático. F) Conclusión final.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Mediante escritura de declaración de obra nueva en construcción, división en régimen de propiedad horizontal y constitución de complejo inmobiliario, se declara estar construyendo sobre una finca registral determinada un conjunto de siete viviendas unifamiliares aisladas (descritas en el citado título), constituyéndose además un complejo inmobiliario formado por esa misma finca registral y otras dos más, integrado por un total de veintisiete viviendas unifamiliares aisladas. Se acompaña licencia urbanística para la construcción de las siete viviendas objeto de la declaración de obra nueva y división horizontal.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, tan solo se inscribió la declaración de obra nueva y la división horizontal, con la consiguiente apertura de folio registral a las siete viviendas unifamiliares resultantes, pero se suspendió la inscripción de la constitución de complejo inmobiliario o conjunto residencial, en esencia, por considerar insuficiente a estos efectos la licencia de obras aportada, limitada a las siete viviendas en construcción sobre una de las tres fincas afectadas y sin extenderse, por tanto, a la totalidad de los elementos privativos previstos para el complejo en su totalidad. Se invocan a tal fin en la nota de calificación los artículos 10.3.a) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal y 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

La controversia suscitada entre el registrador y el recurrente fue dirimida por la Resolución de 27 de enero de 2021 desestimando el recurso y confirmando la calificación del registrador. De conformidad con la calificación negativa, la desestimación se basó en la insuficiencia de la licencia de obras incorporada a la escritura, que solo amparaba siete de las veintisiete viviendas unifamiliares que se proyectaban sobre el complejo inmobiliario y, por lo tanto, se daba el supuesto de hecho previsto en el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que exige autorización administrativa para la constitución de los complejos inmobiliarios privados, sin que fuera de aplicación la excepción prevista en su letra a).

Así se pone de manifiesto en la siguiente argumentación contenida en los fundamentos de derecho 5 y 6:

«Ahora bien, el recurrente en el mismo documento y pese a indicar que no considera necesaria “una autorización administrativa específica” para lo segundo, autoriza la formalización de una “división horizontal” y, al mismo tiempo, un “complejo inmobiliario” al que se afectan tres parcelas registrales —una de ellas la que contiene la división horizontal amparada en la licencia de obras y que se inscribe—; con la consiguiente atribución de cuotas a los distintos elementos independientes: de una parte, en la división horizontal y, de otra, en el complejo. Pero se mire por donde se mire, lo cierto es que la licencia incorporada a la escritura tiene un concreto y limitado alcance, que se desborda en lo tocante a la constitución del complejo pues la misma se limita a: “Conceder licencia urbanística al proyecto básico de 7 viviendas unifamiliares aisladas a ejecutar en parcela A-3. R3 del sector (...) de este Término, con referencia Catastral 0862020CS3006S0000YD, promovido por la Entidad (...)”. Para nada más, por tanto. Y, por ello, carece de todo amparo el intento de dar forma jurídica a la pretensión de constituir el complejo urbanístico proyectado; y sin que tampoco lo tenga la pretensión de estimar comprendido el supuesto que motiva este recurso en la excepción de la letra a) del artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015 (“cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del complejo inmobiliario sean los que resulten de la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones que integren aquel”), por la sencilla razón de que la licencia concedida habilita solo para la construcción de determinadas viviendas en una parcela concreta y determinada, sin alusión alguna a un complejo urbanístico, constituido o por constituir; ni tampoco por razones obvias, y a la vista del tenor de la escritura, en su letra b) (“cuando la modificación del complejo no provoque un incremento del número de sus elementos privativos”).

Tampoco habilita esa constitución del complejo urbanístico la alusión que realiza el recurrente en su escrito en el sentido de que “la razón de ser del complejo es la previsión de un cuarto de telecomunicaciones que será común a las tres fases y que se ubica en la primera”, puesto que hay otros mecanismos legales que permitirían satisfacer tal finalidad, como podrían ser las servidumbres constituidas en forma.

6. Por todo ello, y para concluir, puede afirmarse que en el supuesto analizado concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo susceptibles de ser realizados bajo la cobertura jurídica del régimen de los complejos inmobiliarios, y en particular, de los contemplados en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, resultando de aplicación el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tantas veces citado, que establece que “la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre 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”.

Entender lo contrario y admitir la pretensión del recurrente supondría eludir el control administrativo, cuya finalidad no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento.

Y todo ello, en aras a procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que, como ha enfatizado la mejor doctrina, procure un adecuado equilibrio entre un eventual

aumento de la densidad de viviendas y de población y las dotaciones, suministros, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Preocupaciones, estas últimas, que ciertamente han sido siempre muy tenidas en cuenta por esta Dirección General, pues al fin y a la postre lo que se pretende (cfr. Resolución de 6 de junio de 1988) es impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de un asentamiento residencial humano generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos.

Se trata por tanto de una autorización, por parte de la Administración competente, como instrumento de control de la legalidad urbanística y título administrativo habilitante, entendido como acto administrativo de naturaleza reglada, mediante el cual dicha Administración lleva a cabo un control preventivo sobre la actividad de los ciudadanos relacionada con los actos y usos de naturaleza urbanística, autorizando a estos para el ejercicio de un derecho preexistente, una vez comprobado que dicho ejercicio cumple con los requisitos legales o reglamentarios y que es el resultado de un procedimiento regulado por ley.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación del registrador».

III. COMENTARIOS

1. INTRODUCCIÓN

Con independencia de la anterior argumentación empleada por la resolución como *ratio decidendi* del caso concreto por ella analizado, que compartimos plenamente, interesan a los efectos de este comentario otras consideraciones vertidas por ella, que se hacen eco de la doctrina tradicional seguida en relación con la propiedad horizontal tumbada:

«Debe añadirse que el hecho diferencial que distingue el complejo inmobiliario de la propiedad horizontal tumbada se encuentra en que en esta última se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial, que en su artículo 2 declara la aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, lo cual no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal (cfr., por todas, las Resoluciones de 21 de enero de 2014 y 10 de septiembre de 2018).

Precisamente, esa inexistencia de fragmentación de terreno es lo que inspira el sentido (rectamente entendido, en tanto el complejo haya sido legalmente constituido) del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, al afirmar que “la constitución de finca o fincas en régimen de propiedad horizontal o de

complejo inmobiliario autoriza para considerar su superficie total como una sola parcela, siempre que dentro del perímetro de esta no quede superficie alguna que, conforme a la ordenación territorial y urbanística aplicable, deba tener la condición de dominio público, ser de uso público o servir de soporte a las obras de urbanización o pueda computarse a los efectos del cumplimiento del deber legal a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 18”.

5. El notario recurrente, en defensa de su postura, distingue entre complejo inmobiliario y división horizontal tumbada, debiendo recordarse lo ya expresado al respecto: se diferencian entre sí, básicamente, en que en el primero, la formación de las fincas que componen el complejo pasan a crear espacios totalmente separados entre sí, equiparándose a una parcelación urbanística, por lo que hay unanimidad en la doctrina para exigir en estos casos la preceptiva licencia. En cambio, en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, entienden los autores que se mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, porque no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma en cuanto a su superficie y linderos, y por ello que en estos casos no sería necesaria más licencia que la de la propia obra nueva. Con todo, cabe recordar que, tal y como afirmó este Centro Directivo en Resolución de 21 de noviembre de 2019, la constitución de un régimen de propiedad horizontal tumbada en la que se crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad separada, dotados de plena autonomía, se debe considerar, a los efectos de la aplicación de la legislación urbanística, como una verdadera división de terrenos constitutiva de un fraccionamiento, de conformidad con el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo, y para lo cual sería necesaria la obtención de la licencia correspondiente».

Como puede comprobarse, el texto transcrito reitera la doctrina sentada por la Dirección General en múltiples resoluciones en torno a la inscripción de la propiedad horizontal tumbada y que parte de la distinción entre este concepto y el de complejo inmobiliario.

2. EL CRITERIO TRADICIONAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»

A) Planteamiento general

Partiendo de un concepto amplio y heterogéneo de los conjuntos o complejos inmobiliarios¹, la Dirección General ha distinguido tradicionalmente dos categorías bien diferenciadas a la hora de determinar los requisitos urbanísticos exigibles para su inscripción registral. La primera de estas categorías es la del complejo inmobiliario en sentido estricto, caracterizada por implicar un fraccionamiento del suelo del conjunto en dos o más parcelas a las que se atribuye la condición de elementos privativos. La segunda modalidad es la denominada propiedad horizontal tumbada, en que se mantiene la unidad del suelo elemento común del conjunto.

En esta construcción, que es la reflejada en la Resolución de 27 de enero de 2021 según acabamos de ver, el elemento diferencial entre ambas figuras sería, pues, la calificación que se atribuyera al suelo dentro del régimen definido, de tal modo que, si tal calificación implicara su fraccionamiento, nos encontraríamos ante un complejo inmobiliario en sentido estricto y para su inscripción registral sería exigible la correspondiente licencia de parcelación. En cambio, no

existiendo fraccionamiento del suelo del conjunto, material o ideal, este quedaría configurado como elemento común, respondiendo a la modalidad de propiedad horizontal tumbada, y su tratamiento registral sería, al menos en principio y por asimilación a la figura de la propiedad horizontal ordinaria, el de la inexigibilidad de la licencia, si bien más tarde se matizó esta última afirmación en el sentido que veremos en la letra B) de este apartado.

El concepto de propiedad horizontal tumbada surge en un contexto normativo en que la legislación aplicable no exigía la licencia de parcelación ni para la constitución de los complejos inmobiliarios ni para la propiedad horizontal, lo que sin duda posibilitaba la consagración registral de negocios jurídicos que, de forma abusiva o incluso fraudulenta, implicaban una vulneración de la ordenación urbanística. Muestra de ello son las numerosas parcelaciones y urbanizaciones ilegales que proliferaron en las últimas décadas del siglo XX.

Para combatir esta anómala situación propiciada por una manifiesta insuficiencia legislativa, la Dirección General equiparó el régimen registral de los complejos inmobiliarios al de la segregación o división de fincas, requiriendo para la constitución de aquellos la correspondiente licencia de parcelación y sin que tal exigencia resultara extensible a la novedosa figura de la propiedad horizontal tumbada al no existir en ella fraccionamiento alguno. Así lo refleja la Resolución de 10 de diciembre de 2003: «La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad *ob rem* otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo como otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito. Por el contrario, la propiedad horizontal propiamente tal, aunque sea tumbada, desde el momento en que mantiene la unidad jurídica de la finca —o derecho de vuelo— que le sirve de soporte no puede equipararse al supuesto anterior pues no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación pues no hay alteración de forma —la que se produzca será fruto de la edificación necesariamente amparada en una licencia o con prescripción de las infracciones urbanísticas cometidas—, superficie o linderos. La asignación del uso singular o privativo de determinados elementos comunes o porciones de los mismos, tan frecuentes en el caso de azoteas o patios como en el de zonas del solar no ocupadas por la construcción, no altera esa unidad».

En el mismo sentido, la Resolución de 27 de enero de 2006 afirma que «En efecto, el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Aunque la Ley especial por la que se rige es de aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley (cfr. el art. 2 de la misma), ello no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal. (...) Por eso, bajo el calificativo de “tumbada” que se aplica a la propiedad horizontal suelen cobijarse situaciones que responden a ambos tipos, el de complejo inmobiliario con parcelas o edificaciones jurídica y físicamente independientes pero que participan en otros elementos en comunidad, o bien auténticas propiedades

horizontales en que el suelo es elemento común y a las que se adjetivan como tumbadas tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran, que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal».

Sin detenernos aquí en el análisis de la evolución de la doctrina de la Dirección General en esta materia², puede decirse que en la pasada década se produjo un cambio de rumbo al distinguir dos categorías dentro del concepto de propiedad horizontal tumbada a la hora de enjuiciar la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad: aunque en ambas modalidades se mantendría la tradicional configuración del suelo del conjunto como elemento común, una de ellas quedaría asimilada a los complejos inmobiliarios y la otra a la propiedad horizontal, con la consecuencia de que la primera estaría sujeta a licencia o autorización administrativa y la segunda no.

Veamos de forma separada cada una de estas modalidades.

B) Supuestos de asimilación al complejo inmobiliario en sentido estricto

Dentro de esta primera categoría se encuadran aquellas situaciones en que, aun manteniéndose la totalidad del suelo del inmueble en su conjunto como elemento común, se asigna a los elementos privativos el derecho de uso y disfrute exclusivo de determinadas porciones de dicho suelo y aquellas que incorporan otro signo de parcelación.

En estos supuestos, aun no habiendo división «material» de la finca como ocurre en el caso del complejo inmobiliario, se rompe la unidad esencial del suelo, considerándose que sufre una división «ideal» equiparable a la que se produce en el complejo inmobiliario, por lo que se considera igualmente exigible la correspondiente licencia de parcelación o autorización administrativa. Así lo entiende el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013.

La Resolución de 5 de noviembre de 2012, en relación con un supuesto de propiedad horizontal tumbada, recoge las siguientes afirmaciones: «Asimismo, como pusieron de manifiesto las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 de julio de 2009, 12 de julio de 2010, 24 de agosto de 2011 y 3 de abril de 2012, el concepto de parcelación urbanística, siguiendo el proceso que han seguido las actuaciones en fraude a su prohibición y precisamente para protegerse de ellas, ha trascendido la estricta división material de fincas, la tradicional segregación, división o parcelación, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos. Así resulta con claridad del propio artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio el cual, si bien se halla encabezado por el epígrafe “Divisiones y segregaciones”, se refiere en su párrafo primero no solo a los estrictos supuestos de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, sino también a todo supuesto en que, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surge duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, a cuyo efecto y para la definición y desarrollo de este concepto, remite a los términos señalados por la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Y en este sentido amplio deben

interpretarse aquellos términos de división o segregación que también emplea el artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, cuando ordena al registrador que para la inscripción de la división o segregación de terrenos ha de exigir que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviese prevista por la legislación urbanística aplicable, o la declaración municipal de su innecesariedad. (...) En el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación», que en aquel caso concreto consideraba necesaria la aportación de la correspondiente licencia de parcelación.

C) Supuestos de asimilación a la propiedad horizontal ordinaria

En esta modalidad se enmarcan los restantes supuestos de propiedad horizontal tumbada, en que no hay asignación de espacios de uso exclusivo ni otro indicio de parcelación. En estos casos, la Dirección General, siguiendo la misma argumentación antes expuesta aunque en sentido contrario, concluye que no hay división del suelo, ni siquiera ideal, por lo que no considera exigible licencia de parcelación o autorización alguna. Este tratamiento obedece a que estas situaciones se consideran «auténticas propiedades horizontales» como señala la Resolución de 27 de enero de 2006.

Así lo entiende la citada Resolución de 5 de noviembre de 2012 cuando concluye que «en el supuesto debatido, las entidades privativas resultantes de la división horizontal no participan en otras fincas registrales ni las dividen o segregan en participaciones. Por lo tanto, no existen porciones de otras fincas registrales o terrenos de uso exclusivo que constituyan físicamente fincas absolutamente independientes entre sí en el caso de satisfacerse las exigencias de la legislación urbanística (...). En consecuencia, no existe un complejo inmobiliario privado, ni puede presumirse de la descripción hecha en la escritura calificada. Además, el suelo sobre el que se ubican los elementos privativos independientes es común, por lo que en este caso no se puede sostener la nota de calificación».

Con ello, el criterio de la Dirección General era el de asimilar la propiedad horizontal tumbada a la propiedad horizontal ordinaria, para la que inicialmente no se preveía sujeción a licencia alguna.

La irrupción del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio y, con él, de su artículo 53.a), no alteró inicialmente este criterio. Esta nueva norma, que exige licencia para la inscripción de la propiedad horizontal bajo determinadas condiciones que veremos en el apartado 3, recibió una fría acogida por parte de la Dirección General al considerar inicialmente que, dado su carácter puramente reglamentario y que en el momento de su entrada en vigor no contaba con cobertura legal suficiente en la legislación estatal, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere «no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la norma sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley». Así lo afirman las Resoluciones de 12 de abril de 2011, 12 de septiembre de 2011 y 5 de noviembre de 2012, entre

otras muchas. Conforme a ello, la aplicación del artículo 53.a) se hacía depender de la previsión por la correspondiente legislación autonómica de la aludida licencia para la inscripción del acto concreto de que se tratara, de tal modo que solo en las comunidades en las que se contemplaba tal previsión se consideraba aplicable aquella norma.

En este sentido se manifiesta la Resolución de 12 de septiembre de 2011 (en aplicación de la legislación andaluza), que determinó la aplicabilidad de dicha norma en relación con la solicitud de inscripción de una propiedad horizontal ordinaria sobre una vivienda unifamiliar: «4. El artículo 66.2 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía establece que (...), lo que supone la exigencia de licencia municipal para el presente caso. En definitiva, siendo exigible licencia municipal en los términos descritos, procede confirmar la nota de calificación del registrador».

En cambio, en los casos en que la legislación autonómica no contuviera tal previsión de forma expresa, como sucede por ejemplo en la Comunidad de Madrid, el criterio tradicional de la Dirección General era el de no considerar aplicable la regla del artículo 53.a) del Real Decreto de 1997. Así sucede en el caso contemplado por la Resolución de 12 de abril de 2011, según la cual: «En efecto, la exigencia de licencia para inscribir las operaciones a que se refiere el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, (y lo mismo puede entenderse respecto del art. 78 del mismo) no puede considerarse absoluta o genérica pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico, por lo que debe estarse a lo dispuesto en la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en la que se incluye un elenco de actos sujetos a licencia, que aparecen enumerados en su artículo 151, entre los que podemos destacar, a los efectos que ahora nos interesan, los siguientes (...). No estando la división horizontal sujeta a licencia de forma expresa por el artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones autonómicas (*Vid. «ad exemplum»* artículo 66.2 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; disposición adicional 2.^a apartado 3.º de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo no Urbanizable de la Comunidad Valenciana), y no entrañando dicha división horizontal un supuesto de parcelación, segregación o cualquier otro acto división de fincas o terrenos (apartado 1.º a) del artículo 151 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid), no cabe su aplicación al presente supuesto».

Posteriormente se sucedieron ciertas modificaciones legislativas estatales que, a juicio de la Dirección General, pasaron a dar cobertura a la norma del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, según veremos.

D) Análisis crítico desde la perspectiva actual

En nuestra opinión, con el planteamiento que se acaba de exponer la Dirección General encontró una fórmula eficaz de combatir la regulación insuficiente que de la materia ofrecía el marco legal vigente en aquel momento, paralizando así la proliferación de urbanizaciones ilegales que había tenido lugar años atrás.

Además, esta fórmula resultaba tan ingeniosa como respetuosa con aquel marco legal ya que se basaba en una interpretación amplia, aunque no extensiva, de las normas reguladoras de los actos de fraccionamiento del suelo para incluir entre ellos no solo el clásico concepto urbanístico de parcelación o los hipotecarios de segregación y división material de fincas sino también cualquier

otro acto jurídico que, por su particular contenido, pudiera desembocar en un fraccionamiento ideal.

Sin embargo, entendemos que no cabe mantener la misma construcción en el contexto normativo actual, en el que, según interpreta el propio Centro Directivo, resulta exigible la autorización administrativa no ya solo en relación con los complejos inmobiliarios en sentido estricto sino también respecto de la propiedad horizontal ordinaria. Por ello, en nuestra opinión la propiedad horizontal tumbada debe considerarse sujeta a autorización administrativa (como regla general y sin perjuicio de las excepciones que veremos) también en los casos en que, por su concreta configuración, resulte asimilable a la propiedad horizontal ordinaria.

Para llegar a esa conclusión es conveniente partir del esquema normativo vigente en la actualidad, al que dedicamos el apartado siguiente.

3. EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

A) *Evolución*

Hasta bien avanzada la década de los años noventa, la legislación estatal en materia urbanística, hipotecaria y de propiedad horizontal no incluía ningún precepto que sometiera inequívocamente a licencia o control administrativo la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal ni de los complejos inmobiliarios como tampoco, por tanto, su inscripción registral. La primera iniciativa en este sentido fue la del citado artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, cuyo contenido expondremos enseguida.

Durante la década pasada se sucedieron varias modificaciones en la legislación estatal que afectaron profundamente al régimen de inscripción de la propiedad horizontal y de los complejos inmobiliarios. Por un lado, el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, modificó el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 introduciendo la exigencia de autorización administrativa para la constitución y modificación del complejo inmobiliario. Por otro, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas estableció dos excepciones a la regla anterior y dio su actual redacción al artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal, reiterando dicha regla general y extendiendo la necesidad de autorización administrativa, por vez primera, a determinados actos de modificación de la propiedad horizontal. Finalmente, el vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 reprodujo en esencia en su artículo 26.6 el contenido del citado artículo 17.6 del texto refundido de 2008.

B) *Contenido*

De la actividad legislativa descrita resulta el marco normativo actual en esta materia, contenido principalmente en tres preceptos: el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal.

El artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 dispone que «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».

Por su parte, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana establece lo siguiente: «La constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad, por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre 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 elementos 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». El último párrafo concluye diciendo que «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Finalmente, el artículo 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal dispone que «Requerirán autorización administrativa, en todo caso: a) La constitución y modificación del complejo inmobiliario a que se refiere el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en sus mismos términos. b) Cuando así se haya solicitado, previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, la división material de los pisos o locales y sus anejos, para formar otros más reducidos e independientes; el aumento de su superficie por agregación de otros colindantes del mismo edificio o su disminución por segregación de alguna parte; la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración de la estructura o fábrica del edificio, incluyendo el cerramiento de las terrazas y la modificación de la envolvente para mejorar la eficiencia energética, o de las cosas comunes, cuando concurren los requisitos a que alude el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio». Lógicamente, las referencias a este último precepto han de entenderse hechas en la actualidad al artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Del régimen expuesto resultan dos excepciones a la regla de la exigibilidad de la autorización administrativa: cuando el número y características de los elementos privativos resultantes del título constitutivo o modificativo del régimen de que se trate sean los mismos que resulten de la licencia de obras correspondiente y cuando la modificación de dicho régimen no implique un incremento del número de los elementos privativos preexistentes. A ellas cabe añadir una tercera excepción: la posibilidad de su inscripción por antigüedad bajo determinadas condiciones, admitida por la Dirección General a partir de la Resolución de 17 de octubre de 2014 y confirmada por otras muchas, mediante la aplicación analógica de la norma contenida para las declaraciones de obra nueva en el actual artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

4. LA NUEVA ORIENTACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL SOBRE LOS REQUISITOS DE LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «ORDINARIA» EN EL MARCO NORMATIVO ACTUAL

A) *El criterio inicial en relación con la «modificación» del régimen de propiedad horizontal ordinaria*

La evolución normativa descrita tuvo una influencia decisiva en la doctrina de la Dirección General, que dio por superada la anterior objeción a la aplicación generalizada del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, al entender que este había quedado amparado de forma sobrevenida bajo la habilitación legal que le brinda el juego de los artículos 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 17.6 del texto refundido de la Ley de Suelo, sustituido luego por el 26.6 del vigente texto refundido de 2015. Por tanto, la aplicación del precepto reglamentario ya no se considera condicionada a que la licencia que contempla esté prevista expresamente por la legislación autonómica aplicable en cada caso, al entender que se trata del reflejo reglamentario de una norma legal estatal que le dota de cobertura.

En este sentido se pronuncian numerosas resoluciones posteriores a la Ley 8/2013, como las de 16 de septiembre de 2014, 15 de febrero de 2016 y 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017, en relación con la propiedad horizontal. Todas ellas coinciden en que el criterio del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal (con lo que han de darse por superados los reparos doctrinales a su aplicación generalizada), pues la exigencia de autorización administrativa para la creación de un nuevo elemento privativo por vía de segregación, agregación o división de otro preexistente, no solo se impone en el citado artículo 10.3.b) de la Ley sobre Propiedad Horizontal, sino que encuentra también reflejo en el artículo 17.6 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo (hoy, artículo 26.6 del texto refundido de 2015), referido a los actos de constitución o modificación de conjuntos inmobiliarios, habiendo sido redactados ambos preceptos por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que entró en vigor el día 28 de junio de 2013. Normativa que según la disposición final decimonovena tiene el carácter de legislación básica, debiendo ser interpretados y aplicados ambos preceptos de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

B) *La posterior extensión del criterio anterior a la «constitución» de la propiedad horizontal ordinaria*

Las cuatro resoluciones antes citadas consideran que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada

de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Sin embargo, todas ellas contemplan supuestos de «modificación» de elementos privativos de un edificio previamente dividido horizontalmente, pero en ninguna se hace referencia explícita a la extensión de la exigencia de la autorización administrativa a la «constitución» de la propiedad horizontal. Tampoco contienen tal referencia los citados preceptos legales, a diferencia de lo que sucede con el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997.

Recientemente, la Dirección General ha dado un decidido paso adelante para considerar que también la «constitución» del régimen de propiedad horizontal se encuentra sujeta a la necesidad de acreditar el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa. Así lo han hecho, en relación con la propiedad horizontal ordinaria, las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, sobre cuyo contenido nos vamos a detener en este apartado.

Ambas resoluciones se enfrentan a supuestos de constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria de una vivienda que inicialmente era unifamiliar, considerando exigible la autorización administrativa por imperativo de la legislación estatal y sin que la autonómica de aplicación contuviera tal previsión en ninguno de los dos casos³.

La única diferencia destacable ambas resoluciones es que en la segunda el título presentado pretendía la inscripción de la división horizontal por antigüedad, la cual se consideró injustificada, lo que a su vez remitía a la exigibilidad de la autorización administrativa, que era justamente lo que se trataba de dilucidar. Por lo tanto, en las dos resoluciones se emplea de manera literal la misma argumentación en apoyo de tal exigibilidad y que pasamos a exponer.

Comienzan las dos resoluciones por exponer el reparto competencial existente en la materia, distinguiendo dos clases de normas: de un lado, las relativas a los actos de «división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes» y a la declaración de obra nueva (arts. 26.2 y 28 del texto refundido de 2015) y, de otro, las normas específicas de los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal (arts. 26.6 del texto refundido y 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal).

En relación con el primer grupo de normas, y de conformidad con la remisión que el citado artículo 26.2 hace a «la legislación aplicable», en clara referencia a la autonómica en materia de suelo, se sienta la siguiente conclusión: «En estos casos es la propia legislación sustantiva urbanística que resulte aplicable la que ha de establecer qué actos están sometidos a licencia y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o “prius” respecto de su exigencia en sede registral».

En cambio, en relación con las normas relativas a los complejos inmobiliarios y a la propiedad horizontal, las dos resoluciones a las que nos referimos se apartan de la regla general anterior para reconocer la competencia estatal en orden al establecimiento de la autorización administrativa en estos términos⁴:

«4. Lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho constituye la regla general en materia de licencia en la división y segregación de fincas, pero junto a ella deben tenerse en cuenta las normas especiales existentes. En este sentido, son de destacar los artículos 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y el artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal.

Ambos preceptos tienen su redacción en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas. El primero garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos vinculados a la propiedad del suelo, que tiene naturaleza estatutaria, determinando los derechos y deberes urbanísticos del propietario (texto refundido de la Ley de Suelo); mientras que el segundo (Ley sobre propiedad horizontal), tiene un contenido más puramente civil. Los títulos competenciales en que se amparan dicha modificación resultan de la disposición final decimonovena, número 1, de la citada Ley, que establece que «la presente Ley tiene el carácter de legislación básica sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149.1.13.^a de la Constitución». Añadiéndose en el número 2, apartado 2.º, en relación con los artículos 17 del texto refundido Ley de Suelo y 10.3 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, que se redactan «al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a y 18.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia sobre legislación civil, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (cfr. disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 75/2018 se ha pronunciado específicamente sobre el artículo 17.6 del texto refundido de la Ley de suelo (hoy 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015), Sentencia que ha declarado constitucional la previsión estatal de la exigencia de una autorización administrativa para los casos que contempla.

5. De acuerdo con el cuadro normativo expuesto: en los supuestos de división o segregación de fincas (con el concepto legal visto), de acuerdo con el artículo 26.1 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, la exigencia de licencia o autorización administrativa vendrá determinada por la Ley aplicable; tratándose de complejos inmobiliarios del artículo 26.6 del citado Real Decreto Legislativo 7/2015, así como en los supuestos regulados en el artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, la exigencia de autorización administrativa viene impuesta por la legislación del Estado, como se deduce de la disposición final decimonovena de la Ley 8/2013 y la disposición final segunda del Real Decreto Legislativo 7/2015».

Seguidamente, las dos resoluciones hacen referencia a las leyes autonómicas aplicables en cada caso (en el primero, la valenciana y en el segundo, la madrileña, como vimos), en ninguna de las cuales se somete expresamente a licencia ni la constitución ni la modificación de los regímenes de complejo inmobiliario y de propiedad horizontal, para sentar la siguiente doctrina:

«Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse que proporciona plena

cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, al disponer: “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 (...)”.

El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden 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. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal (sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre prescripción de las acciones derivadas de las infracciones urbanísticas y de las relativas a la restauración de la legalidad urbanística infringida, cuando resulten aplicables).

En definitiva: a) no se precisará la aportación de licencia para la propiedad horizontal, cuando la misma se ajuste a la licencia de obras que autorice la construcción de las edificaciones (Resolución de 13 de julio de 2015); b) tampoco se precisa la aportación de licencia de la propiedad horizontal cuando la misma no provoque un incremento de elementos privativos respecto de los que consten en la previa declaración de la obra nueva; y c) este Centro Directivo ha sostenido la aplicación analógica, aunque con matices, del artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, a aquellos supuestos en que ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes».

Sobre la base de la misma argumentación, la Resolución de 3 de junio de 2019 concluye que «De acuerdo con los fundamentos anteriores expuestos, resulta exigible licencia a efectos de inscripción de su división horizontal para pasar de una casa sin división a otra dividida horizontalmente con dos viviendas sin poder ampararse en ninguna de las excepciones antes examinadas al no quedar acreditados los requisitos señalados respecto de las mismas. En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la registradora».

Por su parte, la Resolución de 28 de julio de 2020 confirma la calificación registral por entender que, a falta de una suficiente acreditación de la antigüedad de la división horizontal, «resulta aplicable el régimen del artículo 26 de la misma Ley estatal en cuanto a la exigencia en todo caso de título administrativo habilitante de la inscripción».

Como se observa, las dos resoluciones citadas extienden a la constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria la exigencia de la autorización administrativa que antes solo se contemplaba para determinados actos de modificación del mismo.

C) Análisis crítico de la moderna orientación

Consideramos plausible el esfuerzo de la Dirección General para salvar, mediante una interpretación integradora, las deficiencias de una técnica legislativa manifiestamente mejorable. Además, compartimos el criterio de considerar sometidos a control urbanístico, como regla general, no solo los actos de constitución y modificación del régimen de complejo inmobiliario y los de modificación del régimen de propiedad horizontal, como establecen expresamente los preceptos legales analizados, sino también la constitución de la propiedad horizontal, como hacen las dos Resoluciones analizadas en la letra B) de este apartado en relación con la propiedad horizontal ordinaria.

Sin embargo, esta interpretación integradora puede parecer algo forzada en algunos extremos. Centrándonos en el régimen de propiedad horizontal, es indudable que la sujeción de su constitución a autorización administrativa no aparece recogida de modo explícito en ningún precepto de rango legal. En efecto, el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y el 10.3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal se refieren a la «constitución y modificación» de los complejos inmobiliarios exclusivamente, pero no se extienden al régimen ordinario de la propiedad horizontal. Sí se refiere a este régimen el artículo 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal, pero su ámbito de aplicación no incluye su constitución, sino que se limita a ciertos actos de modificación de la propiedad horizontal previamente constituida, como son los consistentes en la «división material», la «agregación» y la «segregación» de los pisos o locales y sus anejos.

Por lo tanto, no parece merecedora de reproche alguno la conclusión a la que se llega en las resoluciones citadas en la letra A) precedente (de 16 de septiembre de 2014, 15 de febrero de 2016 y 25 de septiembre y 26 de octubre de 2017), relativas todas ellas a actos de división material de pisos o locales de un edificio previamente dividido horizontalmente. Dichas resoluciones parten de considerar que el criterio contenido en el artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 «ha quedado ahora confirmado y elevado a rango legal» por la legislación estatal sobre suelo y propiedad horizontal con el carácter de legislación básica, y todas ellas propugnan la aplicación coordinada de los preceptos legales para llegar a la misma conclusión: «la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación. Por tanto, es la normativa estatal la que impone la necesidad de autorización administrativa previa en los casos señalados».

Lo que no queda tan claro es si la regla del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, en cuanto se refiere a la constitución de la propiedad horizontal, se encuentra también amparada por la cobertura legal de los artículos 26.6 del texto refundido y 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal. Las respuestas a este interrogante por parte de la Dirección General han resultado dispares. Por un lado, la Resolución de 10 de septiembre de 2018 negó tal circunstancia, al señalar que «En el presente supuesto la edificación, sita en una parcela con una superficie de 141 metros cuadrados y formada por dos plantas, se divide horizontalmente en dos elementos privativos: el primero compuesto por parte de la planta baja (52 metros cuadrados destinados a vivienda y 40 metros cuadrados destinados a garaje) y parte de la planta alta (94 metros cuadrados destinados

a vivienda); y el segundo compuesto por la parte restante edificada de la planta baja (33 metros cuadrados destinados a almacén) y de la planta alta (otros 33 metros cuadrados destinados también a almacén). Tanto el suelo sobre el que se asienta la edificación, el vuelo de la misma así como la superficie que resta hasta completar los 141 metros cuadrados de parcela quedan sin ser objeto de división ni atribución específica a ninguno de los elementos privativos creados, y, si bien es cierto que no se hace referencia alguna a tales elementos en la escritura, habiendo sido deseable en este punto una mayor precisión, lo cierto es que no ofrece duda el hecho de que aquellos, y en especial la superficie restante de parcela, constituyen elemento común (...). En consecuencia, resulta evidente que no se dan las circunstancias para que sea exigible licencia de constitución del régimen de propiedad horizontal. Declarada e inscrita la obra nueva terminada y dividida la edificación resultante en régimen de propiedad horizontal sin que de dicha división resulte, directa o indirectamente, la constitución de un complejo inmobiliario u operación jurídica alguna de la que pueda resultar una parcelación o fraccionamiento del suelo, en los términos expuestos en los fundamentos anteriores, carece de razón de ser la exigencia de licencia a efectos de inscripción».

En cambio, las dos resoluciones citadas en la letra B) anterior (de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020), como hemos visto, adoptan el criterio contrario al afirmar que «Desde la perspectiva del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, aplicable por ser legislación del Estado, debe entenderse, que proporciona plena cobertura legal al artículo 53 del Real Decreto 1093/1997 (...). El precepto es claro al exigir para inscribir los títulos de división horizontal (como es el presente caso) que no pueden 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. Si la constitución de la propiedad horizontal es posterior a la declaración de obra nueva inscrita, el registrador habrá de tener en cuenta si en la inscripción de obra nueva aparecen un número determinado de viviendas, y en este caso existirá ese límite respecto a la propiedad horizontal». Partiendo de esta argumentación, ambas resoluciones determinan la exigibilidad de la licencia a efectos de la inscripción de la división horizontal de una casa que originariamente era unifamiliar sin que fuera aplicable ninguna de las excepciones previstas legalmente y a las que ya hemos aludido.

En definitiva, entendemos que la cobertura que proporcionan los dos preceptos legales a los que nos venimos refiriendo al artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997 es meramente parcial, al menos en apariencia, pues no contemplan de forma expresa la constitución del régimen de propiedad horizontal. Sin embargo, esta circunstancia no implica que no pueda encontrarse una cobertura suficiente en otras disposiciones legales, como hemos afirmado en alguna otra ocasión⁵, por lo que no nos extenderemos aquí más sobre esta cuestión.

5. CONSIDERACIONES SOBRE LA POSIBLE EXTENSIÓN DE LA EXIGIBILIDAD DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA INSCRIPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL «TUMBADA»

A) *Planteamiento*

Como se ha visto, el novedoso criterio empleado por las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, consiste en la exigibilidad de la

autorización administrativa para la constitución del régimen de propiedad horizontal ordinaria sobre un edificio unifamiliar con total abstracción de si concurre o no en ellos asignación de superficies de uso exclusivo u otro signo de parcelación.

En realidad, lo que hace este nuevo criterio no es sino unificar el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios y el de la propiedad horizontal ordinaria sobre el juego de los artículos 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación urbana, 10.3 de la Ley de Propiedad Horizontal y 53 del Real Decreto 1093/1997.

El siguiente interrogante que inmediatamente se plantea es si la moderna interpretación de tales preceptos ha de extenderse igualmente a la propiedad horizontal tumbada o si, por el contrario, debe mantenerse respecto de esta última la doctrina tradicional de negar la exigibilidad de la autorización administrativa a menos que exista asignación de espacios de uso exclusivo.

Tras aquel cambio de orientación se han dictado, al menos, dos resoluciones reproduciendo dicha doctrina tradicional en relación con la propiedad horizontal tumbada. Por un lado, la Resolución de 21 de noviembre de 2019 consideró exigible la autorización administrativa para la inscripción de un título constitutivo de propiedad horizontal tumbada basándose en que en él existía aquella asignación de espacios de uso exclusivo, aunque hay que reconocer que de ella no se desprende que sin tal asignación se habría adoptado el criterio contrario. La segunda es la Resolución de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, que se hace igualmente eco de dicha doctrina tradicional, si bien es cierto que lo hace con un carácter meramente incidental y descriptivo pero no como fundamento decisorio, como se expuso al principio.

A nuestro juicio, no parece haber obstáculo en considerar aplicable a la propiedad horizontal tumbada el mismo criterio que unifica el régimen de inscripción de los complejos inmobiliarios y de la propiedad horizontal ordinaria, sin necesidad de exigir para esta última la concurrencia de requisitos adicionales como es el de la definición de espacios de uso exclusivo, con las excepciones legales ya referidas. En los apartados que siguen se recogen argumentos a favor de la indicada unificación de criterios.

B) El elemento literal

El primer argumento se obtiene si se atiende al concepto de complejo inmobiliario que ofrece el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de 2015 en relación con la exigencia de la autorización administrativa: «A los efectos previstos en este número se considera complejo inmobiliario todo régimen de organización unitaria de la propiedad inmobiliaria en el que se distingan elementos privativos, sujetos a una titularidad exclusiva, y elementos comunes, cuya titularidad corresponda, con carácter instrumental y por cuotas porcentuales, a quienes en cada momento sean titulares de los elementos privativos».

Como puede comprobarse, esta definición se pronuncia en términos tan amplios que no cabe entender excluidos de ella aquellos supuestos en que el suelo en su totalidad se configura como elemento común, como sucede en la propiedad horizontal tumbada según la concepción tradicional que de ella hace la Dirección General. Cuando el precepto alude a los elementos privativos, no incorpora indicio alguno que permita considerar limitado este concepto a las fracciones de suelo resultantes de su división material.

Por tanto, el concepto amplio de complejo inmobiliario que ofrece la norma a los efectos de considerar exigible la autorización administrativa es aplicable tanto a aquellas situaciones en que hay unidad de parcela como a aquellas otras en que hay fraccionamiento del terreno, lo cual, recordemos, constituye el elemento diferencial entre la propiedad horizontal tumbada y el complejo inmobiliario en sentido estricto en la concepción de la Dirección General. Así lo reconoce la propia Resolución de 27 de enero de 2021, objeto de este comentario, cuando señala lo siguiente en su fundamento 2: «En lo que atañe a los complejos inmobiliarios (...), tras la reforma de la Ley de Suelo de 2008 por la Ley 8/2013, de 26 de junio, en el último párrafo del artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2015, se define legalmente lo que debe entenderse por tales, al indicar que (...). Esta definición legal, basada en la coexistencia de elementos privativos y elementos comunes, y en la particular vinculación entre ellos, es en realidad, y esencia, la misma que se ya se formulaba en el artículo 396 del Código civil, el cual, con otras palabras, también alude a la existencia de elementos privativos “susceptibles de aprovechamiento independiente” y “objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio, que son todos los necesarios para su adecuado uso y disfrute”. Ahora bien, dentro de la categoría general del complejo inmobiliario resultan encuadrables muy diversos supuestos concretos, en función de cuál sea la configuración física o incluso arquitectónica de esos concretos inmuebles privativos y de los inmuebles o elementos comunes (...). En conclusión, pues, un complejo inmobiliario, es un conjunto de inmuebles, y estos a su vez, pueden ser tanto edificaciones, como partes de edificaciones susceptibles de uso independiente, como porciones de suelo, subsuelo o vuelo, e incluso servicios o instalaciones de naturaleza inmobiliaria».

En consecuencia, dada la heterogeneidad de situaciones encuadrables dentro del concepto amplio de complejo inmobiliario y que, por tanto, conforman el supuesto de hecho del citado artículo 26.6, que en ningún caso excluye que el suelo se configure como elemento común (como sucede en la llamada propiedad horizontal tumbada), se impone la aplicación a todas ellas de la consecuencia jurídica prevista en el mismo artículo, esto es, la exigibilidad de la autorización administrativa como regla general y con las excepciones que recoge.

C) El elemento teleológico

Como señala la Resolución de 27 de enero de 2021, la finalidad de la exigibilidad de la autorización administrativa en relación con los complejos inmobiliarios definidos en el citado artículo 26.6 del texto refundido «no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial del legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento. Y todo ello, en aras a procurar un desarrollo urbanístico sostenible, que, como ha enfatizado la mejor doctrina, procure un adecuado equilibrio entre un eventual aumento de la densidad de viviendas y de población y las dotaciones, suministros, servicios, infraestructuras y redes públicas necesarias para el mantenimiento de una digna y adecuada calidad de vida de los ciudadanos. Preocupaciones, estas últimas, que ciertamente han sido siempre muy tenidas en cuenta por esta Dirección General, pues al fin y a la postre lo que se pretende (cfr. Resolución de 6 de junio de 1988) es impedir el establecimiento, en contra del planeamiento, de un asentamiento residencial

humano generador de futuros requerimientos o de necesidades asistenciales y de servicios urbanísticos».

Como se ve, la problemática urbanística que ha de ser combatida mediante la intervención administrativa es idéntica en las dos figuras que contemplamos, pues no depende de la configuración que se dé al suelo, ya sea mediante su fraccionamiento en espacios privativos (complejo inmobiliario en sentido estricto), ya caracterizándolo como elemento común (propiedad horizontal tumbada), sino del aumento de la densidad de viviendas y de población que tiene lugar en los dos casos. Por tanto, en uno y otro concurre idéntico fundamento para su sujeción al control de la Administración competente.

D) El elemento lógico

Si el fundamento de la exigibilidad de la autorización administrativa en relación con los complejos inmobiliarios en sentido estricto es, según acabamos de ver, el de evitar desequilibrios entre la densidad de viviendas o población y los servicios urbanísticos y esta misma problemática es igualmente predicable de la propiedad horizontal tumbada cualquiera que sea la configuración que en ella se dé al suelo, la única consecuencia lógica que cabe extraer de ello es que tal exigibilidad queda igualmente justificada respecto de esta.

Por otro lado, ya hemos visto que la doctrina tradicional recaída sobre la propiedad horizontal tumbada exoneraba de la licencia o autorización administrativa en los casos en que no se produjera asignación de espacios de uso exclusivo ni concurriera otro indicio de parcelación «ideal» por asimilación a la propiedad horizontal ordinaria, la cual no estaba históricamente sujeta a tal control. Así lo entienden, entre otras muchas, las Resoluciones de 10 de diciembre de 2003, 27 de enero de 2006, 14 de enero de 2010 y 21 de enero de 2014 al afirmar que «En cambio, en la propiedad horizontal, aunque sea tumbada, entienden los autores que se mantiene la unidad jurídica de la finca que le sirve de soporte, porque no hay división o fraccionamiento jurídico del terreno al que pueda calificarse como parcelación, pues no hay alteración de forma en cuanto a su superficie y linderos, y por ello que en estos casos no sería necesaria más licencia que la de la propia obra nueva». Esta solución obedece a que, como se afirma en las citadas resoluciones, en estos casos nos encontramos ante «auténticas propiedades horizontales».

Sin embargo, desde el momento en que la Dirección General ha extendido la necesidad de autorización administrativa también a la auténtica propiedad horizontal ordinaria, como hacen las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020, ya analizadas, entendemos que no es posible mantener aquella concepción tradicional al decaer una de las premisas en que se basaba, por lo que el argumento quiebra indefectiblemente. La autorización administrativa debe considerarse exigible para la propiedad horizontal tumbada tanto en los casos en que ha de asimilarse al complejo inmobiliario en sentido estricto como cuando se equipara a la propiedad horizontal ordinaria porque ambos regímenes están sujetos a dicha autorización.

Finalmente, la tesis opuesta a la que aquí mantenemos puede dar lugar a conclusiones absurdas: así, por ejemplo, resultaría un evidente contrasentido considerar que la división horizontal de una vivienda unifamiliar ha de reputarse sujeta a autorización cuando tal división se haga en altura o por plantas, como sucede en la propiedad horizontal clásica u ordinaria, pero quede liberada de

ella cuando se trate de dividir esa misma vivienda, no en planos verticales como sucede en la propiedad horizontal ordinaria, sino en el mismo plano horizontal, dando lugar a varias viviendas adosadas, pareadas o en hilera, que constituyen, según la doctrina⁶, un supuesto típico de propiedad horizontal tumbada.

E) El elemento sistemático

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, del juego de los artículos 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, 10.3.a) y 10.3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal y 53.a) del Real Decreto 1093/1997 resulta que la propiedad horizontal tumbada está sujeta a autorización administrativa por aplicación del primero y del segundo en los casos en que, por la configuración del suelo o de su uso, es asimilable al complejo inmobiliario, mientras que en otro caso, esto es, cuando se configura de modo análogo a la propiedad horizontal clásica, la misma exigencia se desprende de los dos últimos artículos.

La misma idea se impone si la doctrina tradicional de la Dirección General sobre propiedad horizontal tumbada se interpreta en el contexto de la moderna orientación seguida por las Resoluciones de 3 de junio de 2019 y 28 de julio de 2020 en relación con la propiedad horizontal ordinaria, en los términos que quedan sobradamente expuestos.

F) Conclusión final

Si bien sería deseable una mayor precisión de las normas legales vigentes en la actualidad, en nuestra opinión debe reputarse superada la construcción tradicional de la Dirección General en esta materia desde el momento en que la interpretación combinada de los tres preceptos analizados en este apartado lleva a la idea de la unificación del régimen legal de inscripción de los complejos inmobiliarios y de la propiedad horizontal, en el sentido de considerar aplicable en ambos casos la exigencia de autorización administrativa con las excepciones expuestas. No encontramos motivo alguno para no considerar incluida en esta nueva orientación a la llamada propiedad horizontal tumbada, concepto que, como vimos, en algunos supuestos quedaría absorbido a estos efectos por el del complejo inmobiliario, y en otros, por el de la propiedad horizontal, por lo que en ambos casos quedaría sujeto al régimen de autorización administrativa.

En definitiva, en el marco legal actual ya no es necesario en cada caso concreto discriminar si un supuesto determinado de propiedad horizontal tumbada responde a un esquema u otro, al haber quedado unificado su tratamiento según la interpretación que hace la propia Dirección General de las disposiciones que resultan de aplicación.

NOTAS

¹ Estas características son predicables tanto de la definición que de los mismos se acogió en la llamada Carta de Roma del V Congreso Internacional de Derecho Registral como del actual concepto legal previsto en el artículo 26.6 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, al que luego nos referiremos.

² Puede verse un análisis pormenorizado de esta evolución en el artículo del mismo autor de estas páginas titulado El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (1 de 2), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 778, 1369-1385.

³ En el caso de la Resolución de 3 de junio de 2019 resultaba de aplicación la legislación valenciana, con transcripción del artículo 213 de la Ley 5/2014, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunitat Valenciana. En el caso de la Resolución de 28 de julio de 2020 era aplicable la legislación madrileña, con transcripción del artículo 151 de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

⁴ Tomados de los fundamentos 4 y 5 de la Resolución de 3 de junio de 2019, que son fielmente reproducidos en el fundamento 5 de la de 28 de julio de 2020.

⁵ Esta cuestión es analizada en El control urbanístico de los complejos inmobiliarios, la propiedad horizontal tumbada y la propiedad horizontal ordinaria (2 de 2), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 779, 1925-1946.

⁶ ARNÁIZ EGUREN, R. (2010). *Terreno y edificación, propiedad horizontal y prehorizontalidad*, Pamplona: Aranzadi, 143.

4. DERECHO BANCARIO

La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo *

The floor clause under debate: critical analysis of the control of consent and contents in the Supreme Court case law

por

DAVINIA CADENAS OSUNA

*Profesora ayudante doctora en la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla.
Acreditada a profesora contratada doctora*

RESUMEN: En el presente trabajo realizamos un análisis pormenorizado de los controles de consentimiento y contenido de las condiciones generales de la contratación para, seguidamente, examinar, desde una perspectiva crítica, la aplicación que de los mismos ha hecho nuestro Tribunal Supremo con relación a las cláusulas suelo.

ABSTRACT: *In this paper we carry out a detailed analysis of the control of consent and contents of the general contracting conditions to, then, examine, from a critical point of view, its application in the sphere of floor clauses by our Supreme Court.*

PALABRAS CLAVE: Contratos de adhesión. Condiciones generales de la contratación. Cláusulas suelo. Control de inclusión. Control de transparencia material. Control de contenido.

KEY WORDS: *Contract of adhesion. General contracting conditions. Floor clauses. Control of inclusion. Control of transparency. Control of contents.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTROL DE CONSENTIMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: A) *Control de transparencia material:*

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del Proyecto FEDER, Retos del siglo XXI. Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones. Los contratos de tracto sucesivo (UMA18-FEDERJA-233), del cual son investigadoras principales las profesoras Dras. Dña. Ana CAÑIZARES LASO y Dña. Rocío DIÉGUEZ OLIVA.

definición y finalidad. B) *Deberes de transparencia material a examen*. C) *Intervención notarial en el control de transparencia*. D) *Consecuencias de la falta de transparencia material*. E) *Falta de transparencia vs. error vicio*.—III. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN: 1. CONTROL REGISTRAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES. 2. CONTROL JUDICIAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES: A) *Control de contenido de las cláusulas de carácter esencial*. B) *Control de contenido a examen*. C) *Consecuencias de la abusividad*.—IV. CLÁUSULAS SUELO: 1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO. 2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO: A) *Transparencia en los supuestos de novación*. B) *Consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas suelo*. C) *Extensión temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo*. 3. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS SUELO.—V. CONCLUSIONES.—VI. JURISPRUDENCIA: 1. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO. 2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro estudio debe comenzar con la exposición de unas referencias siquiera básicas a los contratos de adhesión, que son aquellos que incorporan condiciones generales de la contratación. La alusión a esta tipología contractual resulta ineludible si tomamos en consideración que a ella se circunscriben la práctica totalidad de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se suscriben en la actualidad, debido, en esencia, a la asiduidad con la que estos se celebran y a la necesidad de homogeneizarlos en la medida de lo posible para su posterior negociación en el mercado secundario como medio de financiación de las entidades de crédito (DEL REY BARBA, 2014, 234). Estas razones, *inter alia*, explican que, en la contratación bancaria, los tratos personalizados de los términos y condiciones de los contratos hayan sido reemplazados por la contratación con condiciones generales, propias del tráfico en masa, dando lugar a la denominada «contratación seriada», que se reputa como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico»¹.

El contrato de adhesión es aquel que incluye condiciones generales de la contratación, definidas estas por el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) como aquellas cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato impone una parte a la otra y que han sido redactadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Como podemos comprobar, las condiciones generales se definen por el proceso seguido para su incorporación al contrato, siendo sus rasgos definitorios la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad. Habida cuenta de la limitada extensión de nuestro trabajo, no podemos extendernos en el examen de tales características, con lo que nos conformamos con aclarar que, como consecuencia del carácter impuesto de las condiciones generales, el adherente solo puede decidir entre dos opciones, a saber, aceptar el contenido del contrato (sin capacidad alguna de negociación para influir en tal contenido) o rechazar la contratación². De esta suerte, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1998³, en la contratación mediante condiciones generales «se mantiene la libertad de contratar (libertad

de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)»⁴. Es precisamente esta especial forma de contratar, en la que una de las partes pierde su capacidad de negociación, la que justifica la necesidad de aplicar unos controles de consentimiento y contenido que resultan innecesarios cuando el clausulado del contrato es negociado individualmente por las partes. Por ello, entendemos que tales controles deberían haberse dispuesto para todos los casos en los que el contrato incorporase condiciones generales de la contratación, con independencia de que el adherente fuera profesional o consumidor y aun cuando, en esta segunda hipótesis, se hubiera de reforzar la protección prevista para el adherente (CAÑIZARES LASO, 2015, 70, 72 y 95; SIGÜENZA LÓPEZ, 2016, 511). Sin embargo, el legislador no comparte nuestra visión, pues circunscribe el control de contenido de las condiciones generales a las incorporadas a contratos celebrados con un consumidor (art. 8.2 LCGC).

Sin más demora, nos adentramos en el examen de los distintos controles a los que se someten las condiciones generales de la contratación, a saber, el control de consentimiento y el control de contenido.

II. CONTROL DE CONSENTIMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

El primero de los filtros que han de superar las condiciones generales de la contratación es el que vamos a denominar control de consentimiento, el cual, a su vez, debe abordarse desde una doble perspectiva, formal y material, que se manifiesta, respectivamente, en el control de inclusión y el control de transparencia.

1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

De inicio, las condiciones generales se someten a un control de inclusión (también llamado control de incorporación o de transparencia formal), regulado en los artículos 5 y 7 LCGC, al objeto de dirimir si se han incorporado al contrato. A este control se someten todas las condiciones generales sin excepción, ya se refieran al objeto principal del contrato o a elementos accesorios y con independencia de la condición de consumidor o profesional del adherente⁵.

El artículo 5.1 LCGC establece que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando el adherente acepte su incorporación y todos los contratantes firmen el contrato, no pudiendo entenderse que concurre tal aceptación cuando la entidad predisponente no haya informado al adherente de la existencia de las condiciones generales y le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Asimismo, *ex* artículo 5.5 LCGC, solo quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que se redacten con claridad, concreción y sencillez, siendo nulas de pleno derecho las cláusulas que no se ajusten a tales criterios de transparencia⁶.

Finalmente, declara el artículo 7 LCGC que no quedan incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de celebrarse el contrato, las que no hayan sido firmadas pese a ser necesario *ex* artículo 5 LCGC y las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, excepto, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas de manera escrita por el adherente

y se adecuen a la normativa específica que regula en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.

En definitiva, el control de incorporación presenta carácter eminentemente documental y persigue, en esencia, que el adherente conozca la existencia (que no el contenido⁷) de las condiciones generales, quedando así determinada la prestación a la que se obliga cada parte y fijadas las reglas a las que estas deben atenerse para resolver cualquier problema que pueda surgir durante la fase de ejecución del contrato (CANIZARES LASO, 2015, 78). A tal efecto, el control de inclusión se define en un doble sentido, uno positivo y otro negativo: el artículo 5 LCGC establece los requisitos que han de cumplirse para que una condición general se pueda entender incorporada al contrato, mientras que el artículo 7 LCGC señala cuándo no se va a producir tal incorporación. En la práctica, según señala la jurisprudencia⁸, se aplica en primer lugar el filtro negativo del artículo 7 en aras de determinar cuáles son las condiciones generales que el adherente tuvo la oportunidad real de conocer al suscribir el contrato. Superado este primer filtro, se aplica el previsto en el artículo 5 apartados primero y quinto de la LCGC, que pretende garantizar la comprensibilidad gramatical y semántica de las condiciones generales. De esta suerte, «para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla que permite una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato»⁹.

Por último, debemos señalar que las condiciones generales que no superen el control de inclusión se entienden no incorporadas al contrato. En otros términos, tales cláusulas son nulas de pleno derecho y, por tanto, se tienen por no puestas, debiendo deshacerse sus efectos desde que se aplicaron (art. 1303 CC)¹⁰. Tal conclusión se deduce del artículo 5.5 LCGC, que, en su último inciso, añadido por la disposición final cuarta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), declara que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparentes en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho»¹¹.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Las condiciones generales definitorias del objeto principal del contrato¹² deben someterse, amén de al control de inclusión recién estudiado, a un control de transparencia material o cualificado, siempre que se incorporen a contratos concertados con consumidores¹³. Aunque hemos dado por hecho que no se va a controlar la transparencia material de todas las cláusulas, sino únicamente de las que presentan carácter esencial, el posicionamiento que se adopte al respecto va a depender de cuáles entendamos que son las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula, a saber, su nulidad automática, de un lado, o la necesidad de someterla a un control de contenido para valorar su posible abusividad, de otro. En el primer caso, pensamos que deberían someterse al control de transparencia material todas las cláusulas, puesto que del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE) no puede extraerse otra conclusión al vincular este precepto el control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato a su falta de transparencia, pero sin excluir del control de transparencia al resto de cláusulas. No obstante, si la falta de transparencia material de una cláusula no determinase

automáticamente su nulidad, el control de transparencia solo cobraría sentido con relación a las cláusulas de carácter esencial, pues únicamente respecto de ellas el artículo 4.2 de la Directiva hace depender el control de contenido de la falta de transparencia. Las restantes cláusulas, por el contrario, se someterían en todo caso (*id est*, fueran transparentes o no) al control de contenido, con lo que su transparencia o ausencia de ella carecería de relevancia práctica, más allá de que la falta de transparencia de una cláusula pudiera tomarse en consideración a la hora de valorar su posible abusividad. Además, habida cuenta del funcionamiento y exigencias de la contratación en masa, coincidimos con MARTÍNEZ ESCRIBANO en que podemos presumir que el consumidor, como regla, no se esfuerza en leer e intentar comprender las cláusulas de carácter accesorio porque no las toma en consideración al contratar (ni, por tanto, las consiente de manera expresa), careciendo de sentido alguno, consiguientemente, someterlas a un control de transparencia. Ahora bien, pese a no ser consentidas específicamente, las cláusulas de carácter accesorio integran el contrato y obligan a las partes, razón por la que, en aras de evitar posibles abusos del profesional predisponente, deben ser sometidas a un control de contenido con independencia de que hayan sido redactadas de manera transparente o no. Por eso, concluye la autora, no hay control de transparencia de las cláusulas de carácter accesorio, «porque es indiferente su resultado» (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, 368). En todo caso, la jurisprudencia, generalmente sin aportar ninguna explicación lógica, da por sentado que solo las cláusulas de carácter esencial se someten al control de transparencia¹⁴.

A) *Control de transparencia material: definición y finalidad*

El control de transparencia es definido por el Tribunal Supremo en la archiconocida Sentencia de 9 de mayo de 2013¹⁵ como el parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas que, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, pretende garantizar que el adherente conozca la carga económica y jurídica que para él implica el contrato. Por tanto, el propósito perseguido con el control de transparencia material es garantizar la comprensibilidad de las condiciones generales para un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»¹⁶. En otros términos, el control de transparencia pretende asegurar, no que cada concreto consumidor ha comprendido real y efectivamente las cláusulas, sino que la información suministrada por el profesional predisponente hubiera permitido a un consumidor medio conocer, antes de la celebración del contrato de préstamo hipotecario —o de la subrogación (novación subjetiva) en un préstamo previamente concedido a un tercero¹⁷—, la existencia de las condiciones generales y la carga económica y jurídica que para él supondría el contrato al objeto de que pudiera elegir con pleno conocimiento de causa entre las distintas ofertas que tenía disponibles en el mercado (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, 88). Como vemos, la transparencia de las condiciones generales ha de valorarse al tiempo de la celebración del contrato, en atención a la información precontractual facilitada al consumidor y a las circunstancias concurrentes en cada caso y, entre ellas, la cualificación que sobre la materia pueda tener el consumidor; si bien no basta con que este tenga formación jurídica y/o se dedique profesionalmente al mundo del Derecho o de la empresa para que se le considere un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia en el contrato de una determinada condición

general y comprender su contenido sin necesidad de que el predisponente le proporcione la debida información precontractual¹⁸. En definitiva, una cláusula no es transparente cuando el consumidor no puede comprender la incidencia que la misma tiene en la carga económica y jurídica que para él comporta el contrato¹⁹ o cuando las cláusulas de carácter esencial reciben un tratamiento secundario (en muchas ocasiones al entremezclarse con las cláusulas accesorias), no permitiendo al consumidor que conozca el hecho de que tales cláusulas versan sobre el objeto principal del contrato ni, por consiguiente, la influencia que pueden tener en la carga económica y jurídica que para el consumidor supone el contrato²⁰. Ambos tipos de estipulaciones podemos englobarlas en la categoría de cláusulas sorprendentes (no expresamente recogidas ni por la Directiva 93/13/CEE ni por la legislación española), que son aquellas cuyo contenido no se corresponde con lo que el consumidor se había representado sobre la base de la información suministrada por el profesional predisponente; esto es, el incumplimiento por el profesional de los deberes de transparencia que le incumben impide que el consumidor pueda conocer la existencia misma de las cláusulas o que pueda representarse debidamente el contenido del contrato²¹.

Con el control de transparencia se reduce el desequilibrio informativo que, por lo general, existe en la contratación bancaria entre la entidad de crédito y el consumidor, permitiéndose a este elegir de manera consciente, libre e informada entre las distintas alternativas de contratación que tiene disponibles en el mercado, lo que cobra una especial relevancia en el contexto actual de la contratación en masa, donde, como sabemos, el adherente no tiene capacidad de negociación para influir en el contenido del contrato. De esta manera, podemos entender que solo cuando una cláusula es transparente puede presumirse que el consumidor la ha consentido realmente (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, 368)²². Es por ello que la jurisprudencia alude al control de transparencia material como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, idea que, desde nuestra perspectiva, se anuda al entendimiento de que la falta de transparencia de una cláusula conlleva automáticamente su nulidad. Por el contrario, si, como nosotros defendemos, se estima que la falta de transparencia lo que da pie es al control de contenido de la cláusula, el juicio de transparencia no constituye parámetro abstracto de validez de la misma.

B) Deberes de transparencia material a examen

Tradicionalmente, desde la promulgación de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU), y, posteriormente, de la LCGC, la doctrina presta atención sobre todo a los controles de inclusión y contenido de las condiciones generales y, en mucha menor medida, al control de transparencia material de las mismas. Ciertamente es que la normativa sectorial bancaria contiene determinadas obligaciones que se atribuyen a las entidades de crédito en sede de información precontractual²³. No obstante, es la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en materia de nulidad de las cláusulas suelo la que otorga verdadero protagonismo al control de transparencia material de las condiciones generales, revistiendo una especial relevancia a tal efecto la precitada Sentencia de 9 de mayo de 2013. En este pronunciamiento, el Tribunal propone unos parámetros para valorar el cumplimiento del deber de transparencia en la contratación bancaria de préstamos hipotecarios, que se traducen, en esencia, en la información clara y compresión

ble sobre el hecho, en su caso, de que la cláusula define el objeto principal del contrato, sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad, caso de existir, o de la advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas, y sobre simulaciones de escenarios diversos que pueden acontecer durante la ejecución del contrato. Sin embargo, estas pautas son de índole meramente orientativa, de manera que lo que realmente determina la transparencia de las cláusulas es el hecho de que el consumidor haya conocido su existencia y comprendido realmente la carga económica y jurídica que le supone el contrato; en otros términos, «[n]o existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado»²⁴. Se manifiesta así de manera ostensible la distinción tradicional entre los controles de inclusión y transparencia, pues, si bien el primero presenta carácter documental y se fundamenta en la satisfacción de ciertos rigorismos formales legalmente establecidos, la transparencia material no se define por el cumplimiento por la entidad de crédito de unos deberes de información positivizados en normas jurídicas, sino por su finalidad de lograr que el consumidor medio y diligente esté plenamente informado sobre la contratación, correspondiendo *ad hoc* a jueces y tribunales valorar si este propósito se cumple con relación a cada concreta cláusula (PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2017).

Ni la comentada Sentencia de 9 de mayo de 2013 ni su Auto aclaratorio de 3 de junio del mismo año dotan al control de transparencia material de una argumentación ajustada al principio de seguridad jurídica, pues únicamente proporcionan unas pautas que sirven como parámetros orientativos al objeto de valorar la transparencia de las cláusulas, pero no establecen fórmula alguna para anticipar cuándo una cláusula es transparente (CARRASCO PERERA, y CORDERO LOBATO, 2013, 174). Concebido así el control de transparencia material, se le ha criticado que constituye una fuente de inseguridad jurídica porque no se establecen unas exigencias tasadas a cuya satisfacción se anude el cumplimiento del deber de transparencia (CARRASCO PERERA, 2013, 129 y sigs.). De hecho, al enjuiciar un asunto concreto, los órganos jurisdiccionales pueden establecer nuevas pautas de conducta para las entidades de crédito, incluso basadas en normas no aplicables al tiempo de celebrarse el contrato, y declarar nula una determinada condición general que hasta entonces se reputaba legal y jurisprudencialmente válida, aplicándose esta doctrina a contratos celebrados antes de que fueran dictados tales pronunciamientos, aun cuando la entidad de crédito no pudiera conocer en la fecha de suscripción del contrato unos requerimientos de transparencia que fueron establecidos *a posteriori* en sede judicial²⁵. Ante esta situación, el legislador procede, en la LCCI, a positivizar ciertas obligaciones activas de información a cargo de las entidades de crédito a cuyo cumplimiento se supedita la transparencia material de las condiciones generales. De este modo, tras regular la información básica que deberá figurar en la publicidad de los préstamos inmobiliarios (art. 6), la información general de los préstamos inmobiliarios (art. 9) y la información precontractual de los préstamos inmobiliarios (art. 10), la LCCI regula, por primera vez de manera expresa, el deber de transparencia material al recoger, en su artículo 14, las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios.

Declara el artículo 14.1 LCCI que el prestamista debe entregar al prestatario o potencial prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de suscribirse el contrato²⁶, la documentación que detallamos seguidamente²⁷:

1. La FEIN²⁸, que recoge la información personalizada que se ofrece al consumidor, se considera oferta vinculante para la entidad prestamista hasta la firma del contrato, no pudiendo producirse tal firma antes de que transcurran, al menos, diez días naturales desde la entrega de la ficha al cliente²⁹.

2. La FiAE, en la que se informa al cliente de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, mencionando, al menos, en su caso: los tipos oficiales de referencia utilizados para determinar el tipo de interés aplicable; la existencia de límites mínimos a la variabilidad a la baja del tipo de interés; la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo de resultados del impago y los gastos que ello entrañaría; la distribución de los gastos aparejados a la concesión del préstamo, y el hecho de que se trata, en su caso, de un préstamo en moneda extranjera.

3. De tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, se debe entregar al prestatario un documento separado en el que se haga especial referencia a las cuotas periódicas que debe satisfacer en diversos escenarios simulados de evolución de los tipos de interés.

4. Una copia del proyecto de contrato cuyo contenido se ajuste a las exigencias legales e incluya un desglose de la totalidad de gastos asociados a la firma del contrato.

5. Información clara y veraz de los gastos cuyo pago corresponde al prestamista, de un lado, y al prestatario, de otro, respetando la distribución de gastos establecida en el artículo 14.1.e) LCCI.

6. Cuando el prestamista exija al prestatario la suscripción de una póliza de seguro como garantía del cumplimiento de las obligaciones que para él se derivan del contrato, un seguro de daños sobre el inmueble hipotecado o cualquier otro de los seguros que contempla la normativa del mercado hipotecario, el prestamista debe entregar al prestatario por escrito las condiciones de las garantías de seguro que requiere.

7. Cuando se prevea la formalización del contrato en escritura pública, el prestamista debe informar al prestatario de la obligación que le incumbe de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que haya elegido como autorizante de la escritura pública de préstamo hipotecario, asesoramiento que ha de recaer sobre el contenido y consecuencias de la información contenida en la documentación que deba entregarse al prestatario con arreglo al artículo 14.1 LCCI.

Además, el prestamista debe proporcionar al prestatario, por exigencia del artículo 14.2 LCCI, toda la información que sea necesaria, respondiendo a las cuestiones que este le plantee sobre el contenido, significado y trascendencia práctica de los documentos entregados y debiendo contener sus explicaciones ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras en diversos escenarios simulados de coyuntura económica.

Podemos comprobar cómo el deber de información al que se anuda el control de transparencia material abarca la entrega de una abundante documentación que, en no pocas ocasiones, más que garantizar la información al prestatario, puede producir justamente el efecto contrario al verse este abrumado por una documentación excesiva y, frecuentemente, ininteligible para él al carecer de suficientes conocimientos financieros y económicos para entender unos escritos por lo general redactados en un lenguaje técnico que no está al alcance de la comprensión de un consumidor medio³⁰.

C) Intervención notarial en el control de transparencia

El análisis del rol desempeñado por el notario en el control de transparencia material debe partir de la referencia al artículo 30.3 Orden EHA/2899/2011, que obliga al notario, como manifestación de su deber genérico de control de la legalidad de los actos y negocios que autoriza, a que deniegue la autorización del préstamo cuando no cumpla con la legalidad vigente. Asimismo, el precepto impone al notario, amén de obligaciones informativas varias, los deberes de: 1) comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la FIPER y si existen discrepancias entre las condiciones previstas en la oferta vinculante y las plasmadas en el documento contractual finalmente suscrito, y 2) informar al cliente de las obligaciones que incumben a la entidad de poner a su disposición la FIPER y de aceptar las condiciones ofrecidas a aquel en la oferta vinculante dentro de su plazo de vigencia.

Centrándonos en la LCCI, al notario se le atribuye, como profesional del Derecho, un deber de información y asesoramiento al prestatario que se establece como medida de protección de este y, en particular, como garantía de que ha otorgado un consentimiento contractual informado, esto es, sabedor del contenido del contrato y asumiendo sus consecuencias jurídicas. De esta forma, declara el artículo 15.1 LCCI que el prestatario debe comparecer ante el notario de su elección en aras de recibir un asesoramiento presencial, para lo que debe remitirse por vía telemática al precitado fedatario la documentación que detalla el artículo 14.1 LCCI junto a la manifestación firmada por el prestatario de que ha recibido tales documentos y que le ha sido explicado su contenido. El notario debe verificar que la documentación entregada al prestatario cumple con las exigencias del artículo 14.1 LCCI y, en caso afirmativo, ha de extender, antes de la formalización del contrato de préstamo hipotecario, un acta que constituye el eje de los amplios deberes que se imponen al notario en sede de control de la legalidad y la transparencia material del contrato de préstamo. En dicho acta ha de constar el cumplimiento de los plazos legalmente previstos para la entrega al prestatario de la documentación prevista en el artículo 14.1 LCCI, una relación de las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario, que debe incluir una información individualizada y específica sobre las cláusulas recogidas en la FEIN y en la FiAE (art. 15.2 LCCI). De igual modo, el prestatario debe cumplimentar un test cuyo fin es determinar la documentación entregada y la información suministrada. A nuestro juicio, ni la realización de un test por el prestatario para comprobar la documentación que le ha sido entregada y la información suministrada ni la exigencia de una manifestación por él firmada en la que conste que comprende y acepta el contenido de la documentación recibida parecen coherentes con la fe pública que ampara el acta notarial en el que deben recogerse tales extremos.

Para que el notario pueda extender el acta de transparencia, el prestatario (o su representante), así como las personas físicas que intervengan como fadores o garantes del préstamo, deben personarse de manera gratuita ante aquel como máximo el día anterior al de autorización del contrato de préstamo³¹, configurándose dicha comparecencia, no como un derecho, sino como una verdadera obligación del prestatario (art. 15.3 y 4 LCCI). De este modo, si el prestatario no se persona ante el notario, este no extenderá el precitado acta ni, por consiguiente, autorizará la escritura pública de préstamo hipotecario (art. 22.2 LCCI).

El artículo 15.6 LCCI establece que:

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

La referencia contenida en el precepto transcrito a la comprensión por el prestatario de la documentación que le ha sido entregada induce a un sector de nuestra doctrina a preguntarse si el valor probatorio del acta notarial se extiende solo a los hechos objetivos del asesoramiento realizado por el notario y la manifestación del prestatario de que comprende y acepta el contenido de la documentación que se le entrega o si también se extiende al real y efectivo entendimiento de tales documentos por el prestatario. Bajo nuestro punto de vista, la redacción del precepto es suficientemente clara y, por consiguiente, debemos interpretarlo literalmente, entendiendo que el valor probatorio del acta notarial abarca solo el asesoramiento prestado y la manifestación del prestatario de haber comprendido y aceptado el contenido de la documentación recibida, sin que el notario tenga que entrar a valorar si tal entendimiento es cierto, solución lógica si tenemos en cuenta que el nivel de comprensión real alcanzado por el prestatario constituye un hecho interno cuya verificación resulta imposible para el notario³². Esta postura resulta coherente, además, con lo previsto por el legislador en el preámbulo de la LCCI, en virtud del cual el notario debe asesorar imparcialmente al prestatario y comprobar que se ha cumplido el principio de transparencia material, constituyéndose así prueba en beneficio de ambas partes (prestamista y prestatario) del hecho objetivo de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en plazo la documentación legalmente exigida. En todo caso, esta cuestión presentaría mayor relevancia si con el control de transparencia material se valorase la comprensibilidad de la información precontractual con relación a cada consumidor. Sin embargo, el carácter objetivo que reviste el control de transparencia, unido al hecho de que la entrega de la documentación recogida en el artículo 14.1 LCCI permite esperar razonablemente que un consumidor medio hubiera podido entender la carga económica y jurídica que asume con el contrato, nos conduce a concluir que el acta notarial positiva permite presumir *iuris tantum* que el principio de transparencia material ha sido cumplido, dificultando sobremanera la viabilidad de toda impugnación judicial del contrato que se fundamente en la falta de transparencia. Ahora bien, ¿qué ocurre si el prestatario solicita las explicaciones adicionales del artículo 14.2 LCCI? Dichas explicaciones permiten «subjeter» la información precontractual (y, con ello, el control de transparencia material), es decir, adaptarla a las circunstancias y necesidades de cada concreto prestatario y a las características del producto ofrecido. De esta manera, si el notario deja constancia en el acta de que el prestamista ha recibido tal información adicional, el contenido del acta, *ex* artículo 15.6 LCCI, se presumirá veraz y hará prueba del cumplimiento del principio de transparencia material aun cuando el concreto prestatario no haya entendido las explicaciones que se le han dado, siempre que el prestamista y el notario no conocieran dicha circunstancia³³.

Para terminar este somero examen del acta notarial de información previa, debemos aclarar qué ocurre cuando el notario advierte discrepancias entre las condiciones financieras previstas en la FEIN y las recogidas en el contrato de préstamo finalmente suscrito por las partes, cuestión de la que se ocupa la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (hoy Dirección

General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario³⁴. Al respecto, sostiene el Centro Directivo que, si tales discrepancias son apreciadas por el notario en la fase de preparación del acta, que será lo habitual, debe notificarlo a la entidad de crédito para que subsane los defectos existentes en la FEIN al objeto de poder autorizar el acta y, transcurridos diez días desde la subsanación, la escritura. Si es tras la autorización del acta cuando el notario se percibe de la existencia de discrepancias sustanciales y sobrevenidas, debe denegar la autorización de la escritura, requiriendo a la entidad para que subsane en el plazo de diez días los defectos que pudieran existir. Tras ello, el notario autorizará un nuevo acta o diligenciará el preexistente, al menos un día antes de que se otorgue la escritura. Finalmente, si las discrepancias advertidas entre la FEIN y el documento contractual no son de índole sustancial, ya sea porque las condiciones financieras establecidas en la oferta vinculante son objetivamente más favorables para el cliente que las recogidas en el contrato o porque tales discrepancias no afectan a las condiciones financieras del préstamo, sino a los cálculos subsiguientes, el notario, bajo su responsabilidad, puede autorizar la escritura, si bien haciendo constar en el acta o, incluso, en la propia escritura, la existencia de las discrepancias observadas.

En la escritura pública del préstamo, el notario debe insertar una reseña identificativa del acta de transparencia, expresando el número de protocolo, la fecha de autorización, el notario autorizante y la afirmación de este, bajo su responsabilidad y conforme a lo establecido en el acta, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en el artículo 15 LCCI (art. 15.7 LCCI).

En virtud del artículo 30.2 Orden EHA/2899/2011, el cliente tiene derecho a examinar en el despacho del notario el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo con garantía hipotecaria durante los tres días anteriores a su otorgamiento. No obstante, cuando el acto de otorgamiento se lleve a cabo en la notaría, el cliente puede renunciar a dicho plazo siempre que lo haga expresamente y ante el fedatario autorizante, para lo que, en palabras de la precitada instrucción de la Dirección General de 20 de diciembre de 2019, «en el acta previa se debe cuando menos informar al consumidor del indicado derecho, para permitirle su ejercicio, o informarle de la posibilidad de renuncia al mismo, en su caso».

Según lo establecido en la misma instrucción, el notario puede denegar la autorización de la escritura de préstamo si advierte que no se han cumplido debidamente las obligaciones informativas que garantizan la transparencia material en la operación. Por tanto, no puede autorizar la escritura cuando las condiciones financieras recogidas en la FEIN difieran de las establecidas en el documento contractual finalmente suscrito, salvo que estas últimas sean indiscutiblemente mejores para el cliente o que la diferencia no radique en las propias condiciones, sino en los cálculos subsiguientes.

A primera vista, las funciones atribuidas al notario en sede de transparencia pueden inducir a pensar que la LCCI ha reemplazado al predisponente por el notario como sujeto pasivo del deber de transparencia material. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial consolidada que la actuación notarial en el marco de la transparencia no puede excluir ni suplir el cumplimiento por el prestamista de los deberes de información precontractual que legalmente tiene atribuidos y que constituyen la base de la transparencia material³⁵. De hecho, al notario se le

encomienda la labor; precisamente, de comprobar si el prestamista ha cumplido tales deberes. Sobre esta base, no entendemos por qué el artículo 15.9 LCCI se limita a disponer que la actuación notarial no eximirá al prestamista de proporcionar al prestatario la información adicional que contempla el artículo 14.2, cuando, bajo nuestro punto de vista, dicha previsión debería abarcar también las obligaciones de información documental recogidas en el artículo 14.1 LCCI.

D) Consecuencias de la falta de transparencia material

Examinado el control de transparencia material, nos preguntamos por las consecuencias que se derivan del hecho de que una determinada cláusula no lo supere, oscilando nuestra doctrina y jurisprudencia entre los dos posicionamientos que siguen. De una parte, reputar la transparencia material como un tipo de control distinto y separado de los controles de inclusión y contenido, entrañando la no superación de aquel automáticamente la nulidad de las condiciones generales por falta de transparencia³⁶. De otra, considerar el control de transparencia material como una especialidad del control de consentimiento, entendiendo, en coherencia con lo previsto en el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, que la falta de transparencia material de una condición general no entraña directa y automáticamente su nulidad por abusiva, sino que habilita la realización de un control de contenido para valorar su posible abusividad. Esta divergencia de opiniones surge por la falta de transposición formal al ordenamiento jurídico español del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, conforme al cual la apreciación de la abusividad de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que se hayan de proporcionar como contrapartida, siempre que tales cláusulas se redacten de forma clara y comprensible. Así pues, según el precepto, «cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente»³⁷. *A sensu contrario*, como regla se excluyen del control de contenido las cláusulas de carácter esencial siempre que sean transparentes, puesto que el consumidor atiende (o debe atender) a los elementos esenciales del contrato para decidir si lo celebra o no y, por tanto, conoce la existencia de las cláusulas, comprende su funcionamiento y las consiente, no pudiendo *a posteriori* aducir su abusividad. En tal caso, el contrato solo resulta atacable mediante los remedios tradicionales del Código civil, a saber, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión. Si, por el contrario, las cláusulas de carácter esencial no son transparentes, sí se someten al control de contenido. De esta manera, el artículo 4.2 de la Directiva conecta a la falta de transparencia de una cláusula de carácter esencial, no su automática abusividad (y consiguiente nulidad), sino la necesidad de someterla a un control de contenido.

Un paso más da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según el cual la falta de transparencia de una cláusula contractual puede constituir uno de los elementos a tomar en consideración a la hora de evaluar su carácter abusivo³⁸ e, incluso, un elemento indiciario de dicha abusividad³⁹.

Más radical aún es la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013. En este pronunciamiento, el Alto Tribunal declara que, aun cuando del considerando decimonoveno (no numerado) y del artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE se deduce que, como regla general, no cabe el control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, no queda eliminada totalmente la posibilidad de realizarse este control, habida

cuenta de que la jurisprudencia comunitaria admite que la normativa nacional pueda autorizarlo⁴⁰. Por su parte, interpretando *a contrario sensu* el artículo 4.2 de la Directiva, declara el Tribunal que las normas definitorias del objeto principal del contrato pueden someterse a un control de abusividad si no están redactadas de forma clara y comprensible. En el asunto enjuiciado, el Tribunal estima que las cláusulas suelo examinadas «superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores», pues no se proporciona a estos información suficientemente clara de que la cláusula suelo define el objeto principal del contrato (precio) ni de la influencia que la misma puede desplegar en el coste económico que para él entraña el contrato. No obstante, ante la falta de transparencia material de las cláusulas suelo objeto de la *litis*, el Tribunal llega a una conclusión que parece contradictoria con la argumentación sostenida previamente, puesto que declara la nulidad relativa del contrato sin someter las cláusulas examinadas a un control de contenido del que, según el Tribunal, se excluyen las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo entiende el control de transparencia material como distinto y separado del control de inclusión y declara la nulidad de las cláusulas suelo objeto del litigio por falta de transparencia⁴¹.

Incluso, existen múltiples sentencias en las que el Tribunal Supremo anuda la abusividad de una cláusula a su falta de transparencia, si bien únicamente con relación a las cláusulas suelo⁴².

Puede parecer que esta polémica la ha resuelto el legislador en favor de la nulidad directa y automática derivada de la falta de transparencia de las condiciones generales con la nueva redacción que otorga la disposición final cuarta de la LCCI al artículo 5 LCGC, cuyo segundo inciso señala que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Bajo nuestro punto de vista, sin embargo, pese a que el inciso transcrito habla de transparencia en general, entendemos que establece las consecuencias solo de la falta de transparencia formal (y no material), por dos razones: primero, porque el artículo 5 LCGC consagra el principio de transparencia formal; segundo, porque tal inciso considera nulas las condiciones «incorporadas» de modo no transparente, es decir, aquellas que, al no cumplir con los requisitos de incorporación establecidos en el artículo 5 LCGC, carecen de transparencia formal. Por todo ello, postulamos que, en coherencia con lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva, la consecuencia que debe anudarse a la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no debe ser ni su no incorporación al contrato ni su nulidad directa y automática por abusivas, sino la necesidad de someterlas a un control de contenido que, en nuestro ordenamiento jurídico, debe realizarse con arreglo a lo previsto en los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU⁴³.

E) Falta de transparencia vs. error vicio

A modo de conclusión entendemos necesario establecer una nítida línea divisoria entre la falta de transparencia de una cláusula y el error como vicio del consentimiento, realidades que el Tribunal Supremo se encarga de separar desde la Sentencia de 9 de mayo de 2013, si bien sin explicar cuáles son los motivos que justifican tal distinción, motivos que, entendemos, pueden resumirse en los tres

que siguen. En primer lugar, los ámbitos de actuación de la falta de transparencia material y el error vicio son distintos, ya que, aun cuando ambas se conectan con los elementos esenciales del contrato⁴⁴, el error puede apreciarse en cualquier contrato, mientras que la falta de transparencia solamente en los celebrados con consumidores. Segundo, ambas realidades difieren en su *modus operandi*. Así, cuando se juzga la transparencia material ha de considerarse la conducta de la entidad predisponente y valorar si la actividad informativa desplegada por esta es suficiente para que un consumidor medio pueda conocer la existencia de las condiciones generales y la incidencia que las mismas pueden tener en la carga económica y jurídica que para él se desprende del contrato. De esta suerte, el control de transparencia es aséptico, abstracto, objetivo, puesto que se lleva a cabo al margen de las circunstancias subjetivas que envuelven al consumidor (si bien tales circunstancias serán tomadas en consideración a la hora de diseñar el perfil de consumidor medio aplicable en cada caso), careciendo de relevancia, por ende, el hecho de si este debiera o no haber conocido la existencia e incidencia económica de las cláusulas a pesar de no haber sido informado al respecto. Por el contrario, como sostiene la jurisprudencia⁴⁵, los ejes que vertebran la valoración del error como vicio del consentimiento son, de un lado, su carácter sustancial, debiendo recaer sobre elementos esenciales del contrato, y, de otro, la persona que lo sufre y las circunstancias subjetivas que la rodean, no estimándose anulable el contrato cuando el error resulta inexcusable en el sentido de imputable a la falta de diligencia de quien lo sufre⁴⁶. Finalmente, son también distintas las consecuencias que se derivan de la falta de transparencia material y del error vicio, puesto que, si bien este causa la nulidad total del contrato, aquella habilita el control de contenido de la cláusula no transparente.

III. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Las condiciones generales incorporadas a contratos en los que el adherente es un consumidor o usuario se someten, además de al control de consentimiento que acabamos de examinar, a un control de contenido en el que se valora su posible abusividad y que posee una doble vertiente. De un lado, un control preventivo (o «río arriba»), realizado por notarios y registradores, con el que se persigue evitar la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas. De otro, un control posterior (o «río abajo») que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales con la finalidad de resarcir los daños que al consumidor causa la incorporación al contrato de una cláusula abusiva.

1. CONTROL REGISTRAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES

No es cuestión pacífica la relativa a si se permite al registrador de la propiedad controlar la abusividad de las condiciones generales a través de su labor de calificación. De hecho, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha experimentado notables cambios en su parecer con respecto tanto a la posibilidad de admitir el control registral como, en caso afirmativo, al alcance de dicho control.

Como punto de partida para el análisis de la doctrina administrativa nos situamos tras la publicación de la LCU. En ese momento, la Dirección permite

al registrador la calificación de una cláusula como abusiva, postura de la que es exponente la resolución de 7 de septiembre de 1988⁴⁷, en la que el Centro Directivo confirma la nota del registrador por la que se deniega la inscripción de la cláusula relativa a la variación del tipo de interés en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria al estar afectada por el defecto insubsanable de dejar la fijación del tipo de interés al arbitrio exclusivo de la entidad de crédito.

Ya en la década de los noventa, la Dirección cambia su doctrina, negando al registrador la posibilidad de valorar la abusividad de las cláusulas contractuales en el ejercicio de su labor de calificación. En este sentido se pronuncia la Resolución de 5 de febrero de 1990⁴⁸, en un supuesto en el que las partes celebran una compraventa a plazos sujeta a condición resolutoria explícita por falta de pago del precio aplazado e intereses convenidos. La Dirección sostiene que los medios de calificación de que dispone el registrador son limitados y no le permiten valorar la abusividad de las cláusulas contractuales conforme al artículo 10 LCU⁴⁹.

Tras la reforma operada en el artículo 10.6 LCU⁵⁰ por la LCGC, prohíbe el precepto a los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles que autoricen o inscriban contratos que incorporen cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Por su parte, declara el artículo 258.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) que el registrador debe denegar la inscripción de las cláusulas que sean nulas por abusivas conforme al artículo 10 *bis* LCU⁵¹. De los referidos preceptos parece inferirse la voluntad del legislador de atribuir a los notarios y registradores facultades de control de la abusividad de las cláusulas contractuales. Pese a ello, la Dirección General de los Registros y del Notariado se mantuvo en la negativa a admitir que la labor de calificación de las cláusulas contractuales abarcara su posible abusividad, lo que no impidió a notarios y registradores que velaran por los intereses de los consumidores y usuarios, si bien sobre la base del Derecho civil e hipotecario, y no del Derecho de consumo. Y es que no debemos olvidar que cuando un sujeto suscribe un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con una entidad de crédito, por el hecho de ostentar, en su caso, la condición de consumidor no pierde la de prestatario, de suerte que, aun cuando la Dirección prohíba a los notarios y registradores que puedan proteger sus intereses con arreglo a la LCU, siempre podrán hacerlo a través de las normas sustantivas civiles e hipotecarias que regulan el negocio jurídico celebrado⁵².

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (en adelante, LMH), modifica el artículo 12 LH. Tras la reforma, en los préstamos garantizados con hipoteca a favor de las entidades de crédito detalladas en el artículo 2 LMH, la función de calificación del registrador se restringe a las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria previstas en el primer párrafo del artículo 12 LH (importe del principal de la deuda, intereses pactados, máximo de la responsabilidad hipotecaria y obligaciones garantizadas). Por el contrario, las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras no quedan sujetas a dicho control de calificación, sino que, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización. Así pues, las cláusulas financieras solo se someten al control de calificación del registrador si se

incorporan a un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre particulares o entre un consumidor y una entidad distinta de las establecidas en el artículo 2 LMH. Por el contrario, cuando el contrato se suscribe entre un consumidor y una entidad de crédito, el artículo 12 LH impide la aplicación del artículo 258.2 LH para controlar la abusividad de las cláusulas financieras, de manera que, cuando las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria superen el control de calificación del registrador, las cláusulas financieras deberán transcribirse en todo caso, «aunque se trate de cláusulas que no debieran acceder al Registro por ser contrarias al principio de especialidad, ser nulas por abusivas (aun con sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación) o por cualquier otra causa» (DEL REY BARBA, 2014, 247). Esta fue la interpretación del artículo 12 LH que sostuvo la DGRN en un primer momento tras la reforma del precepto, como puede observarse en su resolución de 21 de diciembre de 2007⁵³, según la cual, con relación a las cláusulas financieras «el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente»⁵⁴.

A partir de la segunda mitad del año 2008 se produce un giro en la exégesis que del artículo 12 LH hace la Dirección General de los Registros y del Notariado, como se pone de relieve en la Resolución de 1 de octubre de 2010⁵⁵, que, interpretando los objetivos específicos del artículo 12 LH de manera coordinada y ponderada con la normativa de protección de los consumidores, y teniendo en cuenta la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria *ex* artículo 130 LH y los imperativos que establece el Derecho comunitario, limita la función calificadora del registrador con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras a aquellas que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente, sin que puedan analizar aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o cuya abusividad se ponga en tela de juicio con base en el principio de buena fe o en el artículo 82.1 TRLGDCU, solo puedan ser declaradas abusivas por decisión judicial⁵⁶. Por tanto, la intervención registral en el control de la abusividad de las condiciones generales no puede fundamentarse en la mera existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, sí puede denegar el registrador la inscripción de tales cláusulas en las tres hipótesis siguientes: 1) cuando concorra alguno de los supuestos de hecho de los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive; 2) cuando las cláusulas sean ilegales por contravenir lo dispuesto en una norma imperativa o prohibitiva, y 3) cuando las cláusulas hayan sido declaradas nulas en sentencia judicial, ya se halle o no inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación⁵⁷.

2. CONTROL JUDICIAL DE CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES

Pese a la indudable relevancia del control preventivo de contenido, es en sede judicial donde el examen de abusividad de las condiciones generales alcanza su mayor extensión. A continuación, estudiamos los aspectos esenciales del control judicial de contenido, comenzando por la determinación de las cláusulas que se someten al mismo para continuar con la forma en que dicho control se lleva a la práctica y finalizar con las consecuencias que se derivan de la abusividad de las condiciones generales.

A) *Control de contenido de las cláusulas de carácter esencial*

Como cuestión preliminar, debemos preguntarnos qué cláusulas se someten al control de contenido y, en particular, si es posible aplicar dicho control, amén de a las cláusulas accesorias, a las de carácter esencial. El legislador español no se pronuncia expresamente sobre el particular: no transpone formalmente a nuestro ordenamiento el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE ni hace un uso generalizado de la posibilidad que le brinda el artículo 8 *bis* de la norma comunitaria de extender la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración. Esta situación genera en los autores dudas en torno a la posibilidad de controlar judicialmente la abusividad de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, pudiendo distinguirse tres sectores doctrinales nítidamente diferenciados. Primero, quienes, en una postura claramente mayoritaria, entienden aplicable el artículo 4.2 de la Directiva en el marco del Derecho español, de modo que, salvo en caso de falta de transparencia, las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no se someten al control de contenido⁵⁸. Segundo, quienes interpretan el silencio del legislador español al no transponer formalmente el artículo 4.2 de la Directiva como representativo de su voluntad de incrementar el nivel de protección del consumidor respecto del que contempla la norma comunitaria en el sentido de autorizar que se controle judicialmente en todo caso (y no solo en la hipótesis de falta de transparencia) la abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y de la relación calidad/precio. Tercero, quienes, alejando su argumentación de lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva, consideran que no debe valorarse la abusividad de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato porque ello atentaría contra el propio fundamento del control de contenido; dicho de otro modo, al control de contenido se someten las cláusulas predispuestas porque respecto de las mismas el adherente no ha podido formar su voluntad, circunstancia que no puede darse con relación a las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato (aquellos sobre los que el adherente ha podido y debido formar su voluntad contractual, *id est*, la prestación y el precio), puesto que el consumidor las ha debido tomar en consideración a la hora de contratar⁵⁹, con lo que no forman parte de las condiciones generales, sino particulares⁶⁰.

Sobre el particular, resulta ineludible la referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 3 de junio de 2010⁶¹, de la que debemos destacar dos afirmaciones generales de marcada relevancia a los presentes efectos: en primer lugar, el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE no tiene carácter imperativo y vinculante, no quedando obligados los Estados miembros, por ende, a incorporarlo a sus respectivos ordenamientos jurídicos (§ 39); segundo, la Directiva es de mínimos, de manera que los Estados miembros pueden incrementar el nivel de protección del consumidor autorizando el control judicial de todas las cláusulas (incluidas las definitorias del objeto principal del contrato) y en todo caso (esto es, no solo cuando no sean transparentes) (§ 43). Ninguna objeción puede oponerse a estas afirmaciones, que encajan a la perfección en el espíritu y articulado de la Directiva. Sin embargo, mucho más discutibles resultan las declaraciones realizadas por el Tribunal con relación al Derecho español, que transcribimos literalmente:

1. «en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en

el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible» (§ 42).

2. «debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva [...], contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por esta» (§ 43).

Conforme a estas consideraciones, el Tribunal concluye que, habida cuenta de que los Estados miembros pueden elevar el nivel de protección de los consumidores y que no están obligados a incorporar a sus respectivos Derechos la previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva, el silencio del legislador español al no transponer el mencionado precepto debe interpretarse como una autorización para que pueda controlarse la abusividad de todas las cláusulas (también de las que afectan al objeto principal del contrato) y en todo caso (*id est*, aun siendo transparentes). Desde nuestra perspectiva, esta solución no resulta admisible por tres razones esencialmente. Primero, porque el Tribunal europeo carece de competencia *ex* artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para determinar el Derecho aplicable en los Estados miembros y el significado de las lagunas que puedan existir en los Derechos nacionales. Segundo, porque la solución genuina que adopta la jurisprudencia comunitaria cuando no se adapta el Derecho nacional a una Directiva es la exégesis del Derecho interno por los jueces y tribunales nacionales, en la medida de lo posible, «a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, y de esa forma atenerse al artículo 189, párrafo tercero, del Tratado CE [...] (actualmente artículo 249 CE, párrafo tercero)»⁶². Y tercero, porque, dejando al margen los dos motivos anteriores, la conclusión a la que llega el Tribunal solo sería admisible en la hipótesis de que el legislador español hubiera eludido voluntariamente la transposición del artículo 4.2 de la Directiva con la intención de extender el ámbito de aplicación del control de contenido a todas las cláusulas contractuales y, de este modo, incrementar el nivel de protección del consumidor. Sin embargo, no es esto lo que realmente ocurrió en España, donde el silencio del legislador no se debe a una omisión consciente y voluntaria, sino a un error en la tramitación parlamentaria de la ley de transposición de la Directiva, a saber, la LCGC (CÁMARA LAPUENTE, 2013, 102).

Esta postura del Tribunal europeo, inducida por la propia jurisprudencia del Alto Tribunal español y por las afirmaciones de la Abogacía General en el asunto enjuiciado (CÁMARA LAPUENTE, 2013, 103-104)⁶³, es rechazada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, que aclara que el silencio del legislador español debe interpretarse en el sentido de entender vigente en nuestro país el artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE. Hasta entonces, la jurisprudencia del Tribunal Supremo era contradictoria. Así, verbigracia, mientras la Sentencia de 1 de julio de 2010⁶⁴ sigue la doctrina del Tribunal europeo en el pronunciamiento que acabamos de comentar, la de 18 de junio de 2012⁶⁵ adopta el posicionamiento radicalmente opuesto. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, zanja definitivamente la cuestión concluyendo que las cláusulas de carácter esencial, conforme al artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, no se someten,

como regla general, al examen de su abusividad, sin perjuicio de que las mismas sí sean objeto de un doble control de transparencia (formal y material) y de que los Estados miembros puedan ampliar el control de contenido a todas las cláusulas, incluidas las definitorias del objeto principal del contrato (opción de la que no ha hecho uso el legislador español). Sobre esta base, el Tribunal Supremo concluye, con fundamento en el artículo 4.2 de la Directiva, que las cláusulas suelo enjuiciadas no se someten al control de contenido, pero sí de consentimiento, declarando la nulidad de las mismas por falta de transparencia material.

En definitiva, *ex* artículo 4.2 Directiva 93/13/CEE, las cláusulas de carácter esencial no se someten, salvo que no sean transparentes, al control de contenido. De esta suerte, cuanto más amplio sea el concepto «objeto principal del contrato» más limitado es el ámbito de aplicación del control de contenido, motivo por el cual la jurisprudencia comunitaria interpreta de forma restrictiva dicho concepto⁶⁶.

B) Control de contenido a examen

Aclaradas las cláusulas que se someten al control de contenido, nos centramos ahora en su análisis, que debe partir del artículo 82.1 TRLGDCU, que recoge su formulación general al declarar que se considerarán abusivas las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor, causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que del contrato se derivan para las partes. Vemos cómo son tres los requerimientos que han de satisfacerse para que una cláusula se estime abusiva⁶⁷: 1) que la contratación sea con condiciones generales; 2) que el contrato se celebre entre un profesional-predisponente y un consumidor-adherente, y 3) que la cláusula cause, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contractuales de las partes. Se trata de un desequilibrio jurídico, no económico, pues pone en relación los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, y no las prestaciones que corresponden a cada una de ellas (BLANCO GARCÍA, 2013, 203; MARÍN LÓPEZ, 2013, 38).

Como podemos comprobar, tanto la norma comunitaria como la española de transposición delimitan de manera abstracta los elementos que atribuyen carácter abusivo a una cláusula no negociada individualmente, pero no aclaran qué ha de entenderse a estos efectos por buena fe y desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contractuales de las partes en perjuicio del consumidor, cuestión de la que sí se ocupa, sin embargo, la jurisprudencia comunitaria. Así, señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) en Sentencia de 14 de marzo de 2013⁶⁸ que la apreciación del desequilibrio debe basarse en la comparativa entre los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato, de un lado, y del Derecho dispositivo, de otro, existiendo tal desequilibrio cuando el contrato deje al consumidor en una situación jurídica menos favorable que aquella que resultaría de aplicar el Derecho nacional supletorio (al que habría de recurrirse en ausencia de pacto entre las partes). Este desequilibrio, además, debe ser causado en contra de las exigencias de la buena fe, constituyendo el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes el objetivo que persigue el control de contenido y la buena fe la guía que nos permite valorar si el desequilibrio, en caso de existir, motiva la abusividad de la condición general. En otros términos, la buena fe «[p]roporciona el criterio para analizar las razo-

nes por las que la cláusula impuesta se separa considerablemente del derecho dispositivo» (MARÍN LÓPEZ, 2013, 38). La exigencia de buena fe implica una evaluación global de todos los intereses en juego, debiendo el profesional tratar de forma leal y equitativa con el consumidor y tomar en consideración sus intereses legítimos⁶⁹. El concepto buena fe nos merece tres observaciones fundamentales:

1. Según el Tribunal europeo en el pronunciamiento de referencia, el profesional no actúa en contra de la buena fe cuando «podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual» (§ 69). Pese a que de las palabras del Tribunal se puede inferir lo contrario, entiende MARÍN LÓPEZ que esta «voluntad virtual» o «voluntad hipotética» del consumidor no constituye un nuevo test para determinar el carácter abusivo de una cláusula, siendo lo decisivo, no que el concreto consumidor hubiera aceptado dicha cláusula de haber existido negociación individual, sino si la separación del Derecho dispositivo está justificada con arreglo a las pautas de la buena fe, esto es, que no responde únicamente a los intereses del profesional (MARÍN LÓPEZ, 2013, 42-43)⁷⁰.

2. La exigencia de la buena fe no se puede interpretar como limitada a la esfera subjetiva ni del consumidor ni del profesional. De este modo, «no es necesario que el empresario predisponente merezca un reproche —doloso o culposo— para que la cláusula sea abusiva», sino que «[b]asta con que, de hecho, se produzca ese desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, y que no haya razón que justifique semejante desviación del derecho dispositivo» (MARÍN LÓPEZ, 2013, 39). Asimismo, la buena fe debe proyectarse «sobre el comportamiento que el consumidor medio puede esperar de quien lealmente compite en el mercado y que las condiciones que impone son aceptables en un mercado libre y abastecido», más aún tratándose de préstamos hipotecarios, «en los que es notorio que el consumidor confía en la apariencia de neutralidad de las concretas personas de las que se vale el empresario (personal de la sucursal) para ofertar el producto»⁷¹.

3. Para valorar el carácter abusivo de una cláusula se debe atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y a todas las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración, así como a las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa (arts. 4.1 Directiva 93/13/CEE y 82.3 TRLGDCU).

El anexo de la Directiva 93/13/CEE recoge una relación de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. No obstante, según el artículo 3.3 de la norma comunitaria, dicha lista tiene carácter indicativo y no exhaustivo⁷², con lo que una cláusula no incorporada al catálogo puede ser declarada abusiva, de igual modo que la mera inclusión de una cláusula en el listado no entraña automáticamente su abusividad, si bien, como señala el Informe de la Comisión, de 27 de abril de 2000, sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, «constituye una valiosa herramienta tanto para los jueces como para las autoridades y los operadores económicos». El contenido de la precitada lista debe aparecer íntegramente en las legislaciones nacionales de transposición, exigencia que, en nuestro país, se ha traducido en la incorporación en los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive, de una «lista negra» de cláusulas que son siempre abusivas. Así pues, el catálogo que recoge la legislación española, si bien sigue siendo *numerus apertus* (como el comunitario), tiene carácter vinculante, y no

meramente indicativo. Por tanto, son abusivas en todo caso, con arreglo a la legislación española, las cláusulas que: 1) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; 2) limiten los derechos de consumidor y usuario; 3) determinen la falta de reciprocidad del contrato; 4) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; 5) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o 6) contravengan las reglas sobre competencia y Derecho aplicable.

El control de contenido opera también en los supuestos en los que ciertos elementos de una cláusula o alguna cláusula aislada se hayan negociado individualmente, si bien las normas sobre cláusulas abusivas se aplicarán al resto del contrato, esto es, a las cláusulas en las que dicha negociación individual entre las partes no ha existido (art. 82.2 TRLGDCU). Por razones obvias, al profesional interesa que las cláusulas contractuales se estimen particulares, pues, de este modo, excluye su sometimiento a los controles de consentimiento y contenido. Sin embargo, el empresario que afirme que una cláusula ha sido negociada individualmente asume el *onus probandi* de dicha circunstancia (arts. 3.2 *in fine* Directiva 93/13/CEE y 82.2 *in fine* TRLGDCU).

C) Consecuencias de la abusividad

Finalmente, nos preguntamos por las consecuencias que se derivan de la abusividad de una determinada condición general. El control de contenido de las condiciones generales tiene carácter legal, pues es el legislador quien establece las pautas que han de seguirse para valorar su posible abusividad y, para ello, diseña un modelo de normas equitativas con el que deben compararse las condiciones generales incorporadas al contrato con el propósito de determinar si estas se apartan injustificadamente y en perjuicio del consumidor del modelo ofrecido por el Derecho dispositivo (*id est*, por las normas aplicables de no existir tales condiciones generales)⁷³.

¿Qué consecuencias se derivan de la abusividad de una condición general? Hemos de partir de la base de que tal abusividad conlleva, además de la contravención de la Moral (OLIVA BLÁZQUEZ, 2016, *Límites a...*, 325), la nulidad de la condición general (arts. 6.3 CC, 8.2 LCGC y 83 I TRLGDCU). Por su parte, los efectos de la declaración de nulidad de las condiciones generales los establece el artículo 10.1 LCGC al declarar que «no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia» (*vid.* art. 9.2 LCGC). En estos términos plasma el precepto el principio *utile per inutile non vitiatur* en la contratación con condiciones generales. Concretamente con relación a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE recoge el precitado principio al declarar que los Estados miembros «dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Ahora bien, ¿produce la nulidad de una condición general una laguna en el contrato? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es la fuente a la que hemos de acudir para cubrirla?⁷⁴. En su redacción original, el artículo 83.2 TRLGDCU indicaba que la parte del contrato afectada por la nulidad de las cláusulas abusivas se integraría conforme a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva. A tal efecto, la norma otorgaba al juzgador facultades para intervenir en el contrato e integrar y moderar su contenido; concretamente, se

imponía al juez que declarase la nulidad de las cláusulas la integración del contrato y se le concedían facultades moderadoras que recaerían, cuando subsistiera el contrato, sobre los derechos y obligaciones de las partes, y cuando no, sobre las consecuencias de su ineficacia en los casos en que determinara un perjuicio apreciable para el consumidor y usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes en el contrato generasen una situación no equitativa en las posiciones de las partes que el juez no pudiera subsanar podría este declarar la ineficacia del contrato. No obstante, la posibilidad atribuida al juzgador de integrar y reconstruir el contrato fue declarada contraria al Derecho de la Unión Europea por la jurisprudencia comunitaria, que solo permite al juez aplicar de manera supletoria una norma dispositiva de Derecho nacional ante una cláusula declarada abusiva cuando sea necesario para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, en aras de evitar que el juez se vea obligado a anular totalmente el contrato viéndose el consumidor expuesto a consecuencias perjudiciales⁷⁵. En los restantes casos, el juez, ante una cláusula abusiva, lo único que debe hacer es inaplicarla. En el ordenamiento español, la facultad del juez de integrar la parte del contrato afectada por la abusividad de una cláusula se suprime con la reforma operada en el artículo 83 TRLGDCU 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.

IV. CLÁUSULAS SUELO

Una vez analizados los controles de consentimiento y contenido vamos a exponer, desde una perspectiva crítica y tras examinar al completo la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el modo en que tales controles han sido aplicados a las cláusulas suelo. No obstante, como cuestión preliminar, debemos preguntarnos si la LCGC resulta aplicable a las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. La duda al respecto deriva del artículo 4 II LCGC, según el cual dicha Ley no resulta aplicable a las condiciones generales «que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes». Esta cuestión la aborda el Tribunal Supremo en la precitada Sentencia de 9 de mayo de 2013, donde resuelve que las cláusulas suelo sí se someten a la LCGC, puesto que la normativa sectorial, si bien impone a la entidad de crédito ciertos deberes de información sobre la incorporación de tales cláusulas a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, «no impide la existencia de cláusulas suelo, ni en defecto de pacto supone su existencia ni, finalmente, indica los términos en los que la cláusula viene expresada en el contrato»⁷⁶.

1. CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CLÁUSULAS SUELO

El control de inclusión de las cláusulas suelo ha planteado escasa problemática en la jurisprudencia, puesto que el Tribunal Supremo considera que el cumplimiento de las exigencias establecidas en la regulación sectorial en materia de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores es suficiente para entender debidamente incorporadas al contrato tales cláusulas⁷⁷. Con cierto detalle

expone el Tribunal Supremo los motivos por los que una cláusula suelo supera el control de incorporación en el asunto enjuiciado por la Sentencia de 24 de enero de 2018⁷⁸: la cláusula está redactada en unos términos que permiten la comprensión de su objeto y no se advierte que haya existido un oscurecimiento en la explicación de tal objeto ni que se hubiera eludido una forma más nítida de explicarlo, ofreciéndose toda la información financiera del préstamo hipotecario en una sola hoja en la que a vuelapluma pueden reconocerse los aspectos más relevante sobre sus condiciones financieras⁷⁹.

2. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL DE LAS CLÁUSULAS SUELO

Es en el control de transparencia material donde las cláusulas suelo han hallado su principal escollo, puesto que, en innumerables ocasiones, el Tribunal Supremo ha concluido que la información precontractual suministrada al consumidor no bastaba para que un consumidor medio pudiera conocer la trascendencia que la cláusula suelo tenía en la carga económica y jurídica que para él suponía el contrato. Las cláusulas suelo, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, los convierten, de manera razonablemente previsible para el prestamista y sorprendente para el consumidor, en préstamos a interés mínimo fijo en los que el prestatario difícilmente podrá beneficiarse de las bajadas experimentadas en el tipo de referencia. No obstante, pese a la indudable influencia que la cláusula suelo despliega en la fijación del precio del préstamo, en la mayoría de los casos las entidades de crédito le han brindado un tratamiento impropialemente secundario, no informando de la manera debida al consumidor sobre su relevancia con relación al objeto principal del contrato. En el asunto enjuiciado por la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo sustenta la falta de transparencia de las cláusulas suelo enjuiciadas en una serie de motivos que, no obstante, se establecen como pautas meramente orientativas, de manera que lo que realmente determina la transparencia de las cláusulas suelo es el hecho de que, con la información precontractual facilitada, un consumidor medio hubiera podido conocer su existencia y comprendido realmente su influencia en la carga económica y jurídica que para él supone el contrato. Ahora bien, el hecho de que los parámetros para la valoración de la transparencia material que ofrece la Sentencia de 9 de mayo de 2013 no tengan carácter exhaustivo no entraña en modo alguno que puedan tomarse en consideración otros criterios que nada tengan que ver con el significado y alcance del control de transparencia o que, incluso, contradigan dicha institución, como sería el caso de la suscripción por el prestatario, paralelamente al contrato de préstamo hipotecario y vinculado inescindiblemente a este, de un contrato de permuta de tipos de interés (*swaps*)⁸⁰.

En muchas sentencias se brinda una relevancia capital en la evaluación de la transparencia de las cláusulas suelo, no solo a su plasmación en la información precontractual facilitada al consumidor, sino también a su ubicación en los documentos informativos y en la escritura de préstamo hipotecario. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de abril de 2015⁸¹ sustenta la falta de transparencia de una cláusula suelo, *inter alia*, en el hecho de que la misma «se ubicó [en la escritura] entre una abrumadora cantidad de datos, dentro de los cuales quedaba enmarcada y diluía la atención del consumidor» y «se encontraba ubicada en un lugar secundario de la reglamentación contractual, y no en un lugar destacado».

Por su parte, el magistrado don Ignacio SANCHO GARGALLO, en el voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de

2014⁸², postula que para valorar la transparencia de las cláusulas suelo se ha de considerar, no solo su ubicación en la escritura y el modo en que se ha presentado al consumidor la información precontractual, sino también el conocimiento general que sobre tales cláusulas existía al tiempo de celebrarse el contrato.

Por último, resulta destacable también el rol que en la valoración de la transparencia de una cláusula suelo desempeña la cualificación que pueda tener el consumidor. En la contratación en masa, el consumidor atiende a la hora de contratar a los elementos esenciales del contrato, sobre los que presta un consentimiento pleno. El resto del clausulado no tiene que ser examinado detenidamente por el consumidor al contratar, pudiendo confiar, en pos de la agilidad del mercado, en la información precontractual que le proporciona el predisponente. De esta suerte, el consumidor no está obligado a examinar con detalle las condiciones generales para detectar las cláusulas que, pese a influir de manera decisiva en el precio del negocio, reciben un tratamiento secundario inadecuado, pudiendo modificar sorpresivamente para el consumidor la carga económica y jurídica que le supone el contrato. Lo relevante es la información precontractual que se facilita al consumidor, salvo que este, por su formación, profesión, experiencia previa o por cualquier otra circunstancia conociera la existencia y trascendencia de la cláusula suelo sin necesidad de estudiar el contrato en profundidad. Ahora bien, no es suficiente que este posea formación jurídica y/o se dedique profesionalmente al mundo del Derecho o de la empresa para que se le repunte un cliente experto con conocimientos suficientes para detectar la presencia en el contrato de una determinada condición general y comprender su contenido sin necesidad de estudiar con detalle el contrato ni de obtener por parte del predisponente la debida información precontractual⁸³.

A) Transparencia en los supuestos de novación

También cuando se produce la novación del préstamo hipotecario o un acuerdo transaccional entre las partes debe la cláusula suelo ser sometida a un control de transparencia material, salvo que haya sido negociada individualmente, como ocurre en el asunto enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2021⁸⁴.

Asimismo, del hecho de que en la escritura de subrogación se ampliara el plazo de amortización del préstamo o se redujera el tipo de interés remuneratorio inicialmente aplicable y, por consiguiente, el límite a su variabilidad a la baja, no puede deducirse automáticamente (*id est*, sin que exista ningún otro elemento de juicio) ni el carácter negociado ni la transparencia de la cláusula suelo⁸⁵.

Puede ocurrir que, tras la celebración de un contrato de préstamo hipotecario con inclusión de una cláusula suelo no transparente, la entidad de crédito y el prestatario pacten un suelo inferior (novación objetiva). En tal caso, la nueva cláusula será válida siempre que haya sido negociada individualmente o, tratándose de una condición general, que sea transparente y no abusiva⁸⁶. No obstante, la validez y eficacia de la nueva cláusula no convalida la inicialmente pactada, de suerte que el prestatario puede reclamar judicialmente la devolución de las cantidades indebidamente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo hasta su novación.

Finalmente, pueden el consumidor y la entidad de crédito, mediante novación, pactar la reducción o, incluso, la supresión del límite a la variabilidad a la baja del interés que hubieran podido convenir en el contrato de préstamo hipotecario.

Los términos de la novación, en la generalidad de los casos, serán predispuestos por la entidad de crédito, con lo que es preciso comprobar que superan el control de transparencia, esto es, que el prestatario ha otorgado su consentimiento a sabiendas de las consecuencias económicas y jurídicas de su aceptación.

¿Qué ocurre si en la novación, amén de la reducción o supresión del suelo, se pacta la renuncia por el prestatario al ejercicio de cualquier acción judicial tendente a recuperar los importes pagados como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo desde la fecha de celebración del contrato? Esta cuestión es abordada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) en la reciente Sentencia de 9 de julio de 2020⁸⁷, que distingue entre los supuestos en que el consumidor renuncia a hacer valer ante los tribunales nacionales sus pretensiones relativas a la cláusula suelo inicial, de un lado, y a la nueva (nacida de la transacción), de otro. En el primer caso, el Tribunal parte de la validez de la cláusula de renuncia siempre que proceda de un consentimiento libre e informado, es decir, emitido por un consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula y de las consecuencias que la renuncia implica. Tales extremos corresponde comprobarlos al juez nacional, quien debe apreciar si la entidad de crédito suministró al prestatario, antes de la celebración del acuerdo modificativo, información suficiente sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo (según el nivel de certidumbre que en tal momento existía con relación a dicha abusividad) y de las consecuencias jurídicas que de tal renuncia se derivaban para el consumidor. Por su parte, la cláusula por la que el prestatario renuncia para el futuro a los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE y, en particular, al ejercicio de las acciones relativas a la nueva cláusula suelo, no le vincula, pues, por definición, el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de renuncia referida a las controversias que pudieren surgir *ad futurum*⁸⁸.

B) Consecuencias de la falta de transparencia de las cláusulas suelo

Declarada la falta de transparencia material de una concreta cláusula suelo, la labor fundamental que debemos afrontar es la determinación de las consecuencias derivadas de dicha falta de transparencia. Sobre el particular, el Tribunal Supremo declara en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que, aun cuando del considerando decimonoveno (no numerado) y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE se deduce que, como regla general, no cabe el control de contenido de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato (como lo es la cláusula suelo, que, a juicio del Tribunal, forma parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, por ende, define el objeto principal del contrato), no queda eliminada totalmente la posibilidad de realizarse este control, habida cuenta de que la jurisprudencia comunitaria admite que la normativa nacional pueda autorizarlo⁸⁹. Por su parte, interpretando *a contrario sensu* el artículo 4.2 de la Directiva, declara el Tribunal que las normas definitorias del objeto principal del contrato pueden someterse a un control de abusividad si no están redactadas de forma clara y comprensible. En el asunto enjuiciado, el Tribunal estima que las cláusulas suelo examinadas «superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, pero no el de claridad exigible en las cláusulas —generales o particulares— de los suscritos con consumidores», pues no se proporciona a estos información suficientemente clara de que la cláusula suelo define el objeto principal del contrato (precio) ni de la

influencia que la misma puede desplegar en el coste económico que para él se deriva del contrato. No obstante, ante la falta de transparencia material de las cláusulas suelo objeto de la *litis*, el Tribunal llega a una conclusión que parece contradictoria con la argumentación sostenida previamente, pues declara la nulidad relativa del contrato sin someter las cláusulas examinadas a un control de contenido del que, según el Tribunal, se excluyen las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo considera el control de transparencia material como distinto y separado del control de inclusión y declara la nulidad por abusivas de las cláusulas suelo litigiosas por falta de transparencia. Asimismo, señala el Tribunal Supremo que «la nulidad de la cláusula suelo no queda subsanada por el hecho de que el consumidor se haya visto beneficiado durante un tiempo de las bajadas del índice de referencia»⁹⁰.

A nuestro entender, esta doctrina jurisprudencial no es correcta, pues el efecto que debe anudarse a la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, en coherencia con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, no debe ser ni su no incorporación al contrato ni su nulidad directa y automática por abusivas, sino la necesidad de someterlas a un control de contenido que en nuestro ordenamiento jurídico debe realizarse con arreglo a lo previsto en los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU.

C) Extensión temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de las cláusulas suelo

Finalmente, abordamos una cuestión con respecto a la cual nuestra jurisprudencia ha experimentado una notable evolución en su parecer, a saber, la extensión temporal de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo. El análisis de esta cuestión debemos iniciarlo con el examen de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, en la que el Tribunal Supremo parte de la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*, plasmada en el artículo 1303 del Código civil y con arreglo al cual, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos e intereses. Sin embargo, el Tribunal señala que los efectos derivados de la regla general de la eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad no pueden ser impermeables a los principios generales del Derecho y, de manera destacada, al principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española. Así pues, tomando en consideración las circunstancias concurrentes en el asunto enjuiciado⁹¹, el Tribunal resuelve la irretroactividad de la sentencia, «de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia».

A partir del pronunciamiento de 9 de mayo de 2013, fueron muchas las sentencias en las que el Tribunal Supremo, tras declarar la nulidad de las cláusulas suelo por falta de transparencia, limitaba los efectos restitutorios de la nulidad a la fecha de publicación de aquella, momento a partir del cual las entidades de crédito no pueden alegar su buena fe, ya que es posible para ellas indagar y esclarecer, según la información precontractual suministrada, si las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecarios por ellas celebrados con consumidores son transparentes y, en caso negativo, dejar de aplicarlas. De

esta forma, si se declara la nulidad de una determinada cláusula suelo por falta de transparencia, las entidades de crédito tendrán que devolver las cantidades indebidamente cobradas al consumidor en aplicación de dicha cláusula, con sus intereses legales desde la fecha de cobro, a partir de la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013⁹². Como señala el magistrado don Francisco Javier ORDUÑA MORENO en el voto particular formulado a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2015⁹³, «[a] parecer, [desde la celebración del contrato hasta el 9 de mayo de 2013] la función tuitiva que dispensa la norma estuvo de “vacatio legis”».

A esta doctrina jurisprudencial se opone el mismo magistrado en el voto particular que formula a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015⁹⁴, al que se adhiere el magistrado don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. El magistrado disidente parte de la base de que la razón de ser de la ineficacia derivada de una cláusula abusiva no se enmarca en el fenómeno de la retroactividad, pues este viene referido a la vigencia de las normas en el tiempo y se produce cuando una ley nueva incorpora como Derecho transitorio las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas afectadas por el cambio legislativo, lo que no sucede en el ámbito de la ineficacia derivada de la abusividad de las cláusulas al no establecer la normativa aplicable ningún efecto retroactivo sobre el particular. Así pues, el magistrado excluye la retroactividad como fundamento técnico de la naturaleza y alcance de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva⁹⁵. En la contratación seriada, la ineficacia contractual, más allá de la referencia genérica a la nulidad, se instrumenta mediante el control de abusividad y transparencia, que operan como controles de legalidad. Por tanto, si la restitución de las cantidades indebidamente cobradas por la entidad es corolario de la nulidad de la cláusula suelo por abusiva, la devolución debe retrotraerse al momento de celebración del contrato de préstamo, que es cuando el predisponente tenía que haber cumplido sus deberes de información al consumidor, o al de aplicación de la cláusula, si esta no entró en juego durante un cierto tiempo por resultar el interés remuneratorio pactado superior al límite mínimo establecido al mismo. La solución alternativa, *id est*, la restitución limitada a la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013, entrañaría la integración parcial de la eficacia de una cláusula suelo nula, transmittiéndose al predisponente una moraleja clara de la que puede hacer uso *ad futurum*: la posibilidad de incumplir los deberes de transparencia que le incumben sin sanción inicial alguna.

Un hito en el estudio del tema ahora abordado lo constituye la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016⁹⁶, que se plantea como cuestión prejudicial si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un consumidor; circunscribiéndose tales efectos a las cantidades indebidamente pagadas por este en aplicación de dicha cláusula con posterioridad al pronunciamiento judicial que declara su nulidad (efectos *ex tunc*). El Tribunal sostiene que, con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva, una cláusula declarada abusiva nunca ha existido y, por ende, no puede desplegar efectos frente al consumidor, debiendo tener la declaración de abusividad de la cláusula como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se hallaría el consumidor de no haberse incluido en el contrato la cláusula nula. Así pues, la nulidad de una cláusula contractual abusiva debe generar el efecto restitutorio de las cantidades que resulten indebidamente pagadas en aplicación de la

cláusula ineficaz, siendo esta la única solución coherente con el efecto disuasorio que el artículo 6.1 de la Directiva, en relación con el artículo 7.1 del mismo texto, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Si bien es cierto que corresponde a los Estados miembros la determinación de las condiciones en virtud de las cuales se declarará la abusividad de una cláusula contractual y se materializarán los efectos de tal declaración (art. 6.1 de la Directiva), los Estados no gozan de libertad absoluta al respecto, pues la declaración de abusividad de las cláusulas debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que el consumidor se encontraría de no haberse incorporado al contrato la cláusula abusiva. En la Sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo resuelve que la declaración de nulidad de las cláusulas suelo litigiosas no afecta a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos efectuados antes de la fecha en que se dictó la propia sentencia, de suerte que, con arreglo al principio de seguridad jurídica, la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo abusiva queda limitada a los importes pagados tras la publicación de la sentencia. Esta solución es rechazada por el Tribunal europeo, que, si bien permite a los Estados que puedan aplicar sus normas procesales internas que confieran fuerza de cosa juzgada a una resolución, les impide que puedan aplicar limitaciones en el tiempo a la interpretación de una norma comunitaria, pues ello corresponde en exclusiva al Tribunal de Justicia. Así pues, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, podía haber resuelto que la nulidad de la cláusula suelo no afectaba a situaciones decididas con carácter definitivo por pronunciamientos judiciales anteriores con fuerza de cosa juzgada, pero no podía decidir, como hizo, la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula, pues ello afectaría indebidamente al contenido esencial del derecho que corresponde al consumidor a no quedar vinculado por una cláusula contractual declarada abusiva. Con base en la argumentación sucintamente expuesta, resuelve el Tribunal de Justicia que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula suelo.

Apenas un mes después de ver la luz esta sentencia, se dicta en España el Real Decreto 1/2017, con el propósito, según su preámbulo, de reforzar la protección de los consumidores mediante el establecimiento de un cauce que les facilite la resolución extrajudicial de los conflictos que puedan tener con las entidades de crédito a raíz de la precitada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016. Sin embargo, pese a la posibilidad brindada por el mencionado real decreto, son numerosísimas las resoluciones en las que el Tribunal Supremo, tras la sentencia del Tribunal europeo y con fundamento en ella, condena a la entidad de crédito a la devolución, con los intereses legales desde la fecha de cada cobro, de las cantidades abonadas indebidamente por el consumidor desde el momento de aplicación de la cláusula suelo, y no desde la publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013⁹⁷.

3. CONTROL DE CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS SUELO

El Tribunal Supremo infiere la nulidad de las cláusulas suelo automáticamente de su falta de transparencia, sin entrar a valorar su posible abusividad.

Es por ello que no contamos con una doctrina jurisprudencial completa sobre la aplicación del control de contenido en sede de cláusulas suelo, más allá de las referencias aisladas que procedemos a exponer.

En primer lugar, sostiene *obiter dicta* el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 que la licitud de la cláusula suelo no depende de que exista un equilibrio o equidistancia entre el suelo y el techo predispuestos por la entidad de crédito. De hecho, continúa el Tribunal, son lícitas incluso las cláusulas que únicamente establecen un límite a la baja (y no al alza) a la variabilidad de los tipos de interés, entendiéndose que la oferta en un mismo apartado del contrato de las cláusulas suelo y techo distorsiona la información proporcionada al consumidor, al crear la apariencia de que el techo opera como contraprestación o factor de equilibrio del suelo.

Segundo, declara el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de mayo de 2017⁹⁸ que el juicio que el artículo 82.1 TRLGDCU impone sobre la incompatibilidad de la cláusula (suelo, en este caso) con las exigencias de la buena fe no depende de que la entidad predisponente tuviera o no previsiones certeras acerca de la evolución a la baja de los tipos de interés, sino de si podía estimar razonablemente que, tratando de forma legal y equitativa con el consumidor, este aceptaría la incorporación al contrato de una cláusula suelo en el marco de una negociación individual.

Finalmente, en otros muchos pronunciamientos el Tribunal Supremo sostiene que las cláusulas suelo no transparentes son siempre desequilibradas (en el sentido del art. 82.1 TRLGDCU) y, por tanto, abusivas, puesto que dicha falta de transparencia genera «un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor; objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe», pues impide al consumidor representarse fielmente el impacto económico que conllevará la aplicación de la cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia⁹⁹.

V. CONCLUSIONES

I. Las condiciones generales de la contratación se someten a un control de consentimiento (integrado, a su vez, por los controles de inclusión y transparencia material) y a un control de contenido.

II. El control de inclusión, al que se someten todas las condiciones generales sin excepción, presenta carácter documental y con él se busca, en esencia, que el adherente conozca la existencia de tales cláusulas. Las condiciones generales que no superen el control de inclusión se entienden no incorporadas al contrato, debiendo restituirse sus efectos desde el momento de su aplicación.

III. Con relación a las cláusulas suelo, el control de inclusión ha planteado escasa problemática en la jurisprudencia, pues el Tribunal Supremo entiende que el cumplimiento de las exigencias establecidas en la regulación sectorial en materia de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores es suficiente para entender debidamente incorporadas tales cláusulas al contrato.

IV. Las cláusulas de carácter esencial incorporadas a contratos celebrados con consumidores se someten, además de al control de inclusión, a un control de transparencia material cuya finalidad es garantizar la comprensibilidad de las condiciones generales para un consumidor medio. El artículo 14.1 LCCI establece unos deberes de entrega de documentación a cargo del prestamista cuyo cumplimiento permite presumir la transparencia de las condiciones generales. El notario desempeña un rol destacado en la comprobación del cumplimiento por el prestamista de los deberes de transparencia que legalmente tiene atribuidos.

La actuación notarial en el marco de la transparencia no puede excluir ni suplir el cumplimiento por el prestamista de los deberes de información precontractual que legalmente tiene atribuidos. La consecuencia que debe anudarse a la falta de transparencia de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato no debe ser ni su no incorporación al contrato ni su nulidad directa y automática por abusivas, sino la necesidad de someterlas a un control de contenido.

V. Es en el control de transparencia material donde las cláusulas suelo hallan su principal escollo, puesto que, en innumerables ocasiones, el Tribunal Supremo concluye que la información precontractual suministrada al consumidor resulta insuficiente para que un consumidor medio pueda conocer la trascendencia que la cláusula suelo tiene en la carga económica y jurídica que para él supone el contrato.

VI. Cuando una cláusula suelo es declarada nula, la entidad está obligada a restituir al consumidor las cantidades indebidamente satisfechas como consecuencia de su aplicación desde la celebración del contrato de préstamo, que es cuando el predisponente tenía que haber cumplido sus deberes de información, o al de aplicación de la cláusula suelo, si esta no entró en juego durante un cierto tiempo por resultar el interés remuneratorio pactado superior al límite mínimo establecido al mismo. Por el contrario, la restitución limitada a la fecha de publicación de la Sentencia de 9 de mayo de 2013 entrañaría la integración parcial de la eficacia de una cláusula suelo nula, transmitiéndose al predisponente una moraleja clara de la que puede hacer uso *ad futurum*: la posibilidad de incumplir los deberes de transparencia que le incumben sin sanción inicial alguna.

VII. Cuando se produce la novación del préstamo hipotecario también debe la cláusula suelo ser sometida a un control de transparencia material si no ha sido negociada individualmente. Según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de julio de 2020, el prestatario puede, en el marco de una novación, ante una cláusula suelo nula que se modifica para el futuro, renunciar al ejercicio de las acciones judiciales tendentes a recuperar las cantidades satisfechas como consecuencia de su aplicación, si bien dicha renuncia debe ser expresión de un consentimiento libre e informado, es decir, emitido por un consumidor consciente del carácter no vinculante de la cláusula y de las consecuencias que la renuncia implica. Tales extremos corresponde comprobarlos al juez nacional, quien debe apreciar si la entidad de crédito suministró al prestatario, antes de la celebración del acuerdo modificativo, información suficiente sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo (según el nivel de certidumbre que en tal momento existía con relación a dicha abusividad) y de las consecuencias jurídicas que de tal renuncia se derivaban para el consumidor. Sin embargo, no vincula al prestatario la renuncia para el futuro al ejercicio de las acciones relativas a la cláusula suelo que surja de la novación, pues, por definición, el consumidor no puede comprender las consecuencias de su adhesión a una cláusula de renuncia referida a las controversias que pudieren surgir *ad futurum*.

VIII. Por último, las condiciones generales incorporadas a contratos en los que el adherente es un consumidor se someten, amén de a los controles de inclusión y transparencia, a un control de contenido para valorar su posible abusividad. Dicho control de contenido se desarrolla desde una doble vertiente. De un lado, un control preventivo llevado a cabo por notarios y registradores con la finalidad de evitar la inclusión en el contrato de cláusulas abusivas. De otro, un control posterior que se desarrolla en sede judicial para resarcir los daños que al consumidor causa la incorporación al contrato de una cláusula abusiva.

IX. La labor calificadora del registrador con relación a la abusividad de las condiciones generales no puede fundarse en el juicio subjetivo sobre la existencia de un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que determine la abusividad de una cláusula contractual con base en el artículo 82.1 TRLGDCU. El registrador solo puede denegar la inscripción cuando en el contrato exista alguna cláusula afectada por una tacha apreciable objetivamente, ya sea por tratarse de una de las descritas en los artículos 85 a 90 TRLGDCU, por contravenir una norma imperativa o prohibitiva o por haber sido declarada nula en sentencia judicial.

X. En sede judicial, el control de abusividad se lleva a cabo según lo previsto en los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU. Concretamente, es el artículo 82.1 TRLGDCU el que recoge la formulación general del control de contenido, siendo tres las exigencias que, conforme a dicho precepto, han de cumplirse para que una cláusula se estime abusiva, a saber, que la contratación sea con condiciones generales, que el contrato se celebre entre un profesional-predisponente y un consumidor-adherente y que la cláusula cause, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones contractuales de las partes. Para comprobar si existe tal desequilibrio deben compararse los derechos y obligaciones que para las partes se derivan del contrato con el Derecho dispositivo, existiendo desequilibrio a los efectos del artículo 82.1 TRLGDCU cuando el contrato deje al consumidor en una situación jurídica menos favorable que aquella que resultaría de aplicar el Derecho nacional supletorio. No obstante, dicho desequilibrio solo determina la abusividad cuando es contrario a las exigencias de la buena fe, de manera que, una vez que se constata que el contrato se aleja, en perjuicio del consumidor, de lo previsto en el Derecho dispositivo, hay que comprobar si las razones que han motivado tal distanciamiento están justificadas conforme al principio de la buena fe. Finalmente, los artículos 85 a 90 TRLGDCU, ambos inclusive, contemplan una «lista negra» de cláusulas que son siempre abusivas.

XI. Las condiciones generales que no superen el control de contenido son nulas de pleno derecho, lo que no determina la ineficacia total del contrato si este puede subsistir sin tales cláusulas. La regla general es que, cuando el juez declare que una determinada cláusula es abusiva, debe simplemente inaplicarla. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria prevé de manera excepcional que el juez pueda aplicar supletoriamente una norma dispositiva de Derecho nacional cuando sea necesario para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor en aras de evitar que el juez se vea obligado a anular totalmente el contrato viéndose el consumidor expuesto a consecuencias perjudiciales.

XII. Con relación a la cláusula suelo, nuestra jurisprudencia sostiene que la licitud de la cláusula suelo no depende de que exista un equilibrio o equidistancia entre el suelo y el techo predispuestos por la entidad de crédito. Asimismo, la compatibilidad de la cláusula con las exigencias de la buena fe no depende de que la entidad de crédito dispusiera de previsiones certeras sobre la evolución de los tipos de interés, sino de si podía estimar razonablemente que un consumidor informado aceptaría la incorporación al contrato de una cláusula suelo en el marco de una negociación individual.

VI. JURISPRUDENCIA

1. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- ATS de 3 de junio de 2013.
- ATS de 8 de junio de 2016.
- STS de 17 de junio de 1994.
- STS de 22 de julio de 1994.
- STS de 18 de marzo de 1995.
- STS de 13 de noviembre de 1998.
- STS de 2 de octubre de 2000.
- STS de 22 de febrero de 2001.
- STS de 12 de julio de 2002.
- STS de 30 de enero de 2003.
- STS de 4 de marzo de 2009.
- STS de 1 de julio de 2010.
- STS de 18 de junio de 2012.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 8 de septiembre de 2014.
- STS de 24 de marzo de 2015.
- STS de 25 de marzo de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 29 de abril de 2015.
- STS de 18 de enero de 2017.
- STS de 24 de febrero de 2017.
- SSTs de 20 de abril de 2017.
- SSTs de 18 de mayo de 2017.
- STS de 25 de mayo de 2017.
- STS de 1 de junio de 2017.
- STS de 6 de junio de 2017.
- STS de 8 de junio de 2017.
- STS de 27 de junio de 2017.
- SSTs de 18 de julio de 2017.
- SSTs de 19 de julio de 2017.
- SSTs de 20 de julio de 2017.
- STS de 16 de octubre de 2017.
- STS de 2 de noviembre de 2017.
- SSTs de 7 de noviembre de 2017.
- STS de 15 de noviembre de 2017.
- STS de 16 de noviembre de 2017.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- SSTs de 24 de noviembre de 2017.
- STS de 29 de noviembre de 2017.
- STS de 21 de diciembre de 2017.
- STS de 10 de enero de 2018.
- SSTs de 17 de enero de 2018.
- STS de 23 de enero de 2018.
- SSTs de 24 de enero de 2018.
- STS de 26 de enero de 2018.
- STS de 30 de enero de 2018.
- STS de 1 de febrero de 2018.

- SSTS de 22 de marzo de 2018.
- STS de 23 de marzo de 2018.
- SSTS de 11 de abril de 2018.
- STS de 24 de abril de 2018.
- STS de 26 de abril de 2018.
- STS de 22 de mayo de 2018.
- STS de 24 de mayo de 2018.
- STS de 28 de mayo de 2018.
- STS de 4 de junio de 2018.
- SSTS de 7 de junio de 2018.
- SSTS de 13 de junio de 2018.
- STS de 15 de junio de 2018.
- SSTS de 20 de junio de 2018.
- SSTS de 26 de junio de 2018.
- STS de 27 de junio de 2018.
- SSTS de 3 de julio de 2018.
- SSTS de 4 de julio de 2018.
- SSTS de 18 de julio de 2018.
- STS de 19 de julio de 2018.
- STS de 11 de septiembre de 2018.
- STS de 12 de septiembre de 2018.
- STS de 13 de septiembre de 2018.
- SSTS de 20 de septiembre de 2018.
- STS de 25 de septiembre de 2018.
- STS de 28 de septiembre de 2018.
- STS de 10 de octubre de 2018.
- STS de 11 de octubre de 2018.
- STS de 17 de octubre de 2018.
- SSTS de 8 de noviembre de 2018.
- STS de 19 de noviembre de 2018.
- STS de 20 de noviembre de 2018.
- STS de 21 de noviembre de 2018.
- STS de 29 de noviembre de 2018.
- SSTS de 5 de diciembre de 2018.
- SSTS de 12 de diciembre de 2018.
- STS de 13 de diciembre de 2018.
- STS de 18 de diciembre de 2018.
- STS de 11 de enero de 2019.
- SSTS de 15 de enero de 2019.
- STS de 25 de enero de 2019.
- SSTS de 31 de enero de 2019.
- STS de 4 de febrero de 2019.
- SSTS de 5 de febrero de 2019.
- STS de 14 de febrero de 2019.
- STS de 18 de febrero de 2019.
- STS de 13 de marzo de 2019.
- STS de 26 de marzo de 2019.
- SSTS de 27 de marzo de 2019.
- STS de 4 de abril de 2019.
- STS de 9 de abril de 2019.
- STS de 7 de mayo de 2019.

- STS de 17 de mayo de 2019.
- STS de 3 de junio de 2019.
- STS de 9 de junio de 2020.
- SSTS de 10 de junio de 2019.
- SSTS de 25 de junio de 2019.
- SSTS de 26 de junio de 2019.
- SSTS de 16 de julio de 2019.
- SSTS de 18 de julio de 2019.
- STS de 9 de octubre de 2019.
- SSTS de 10 de octubre de 2019.
- STS de 11 de octubre de 2019.
- SSTS de 18 de octubre de 2019.
- STS de 12 de noviembre de 2019.
- STS de 28 de noviembre de 2019.
- SSTS de 5 de diciembre de 2019.
- STS de 17 de diciembre de 2019.
- STS de 8 de enero de 2020.
- STS de 15 de enero de 2020.
- SSTS de 20 de enero de 2020.
- SSTS de 23 de enero de 2020.
- STS de 28 de enero de 2020.
- STS de 4 de febrero de 2020.
- STS de 27 de febrero de 2020.
- STS de 11 de marzo de 2020.
- STS de 19 de mayo de 2020.
- STS de 22 de junio de 2020.
- STS de 23 de junio de 2020.
- STS de 15 de diciembre de 2020.
- STS de 19 de enero de 2021.
- STS de 26 de enero de 2021.

2. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 27 de junio de 2000.
- STJUE de 3 de junio de 2010.
- STJUE de 26 de abril de 2012.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STJUE de 30 de mayo de 2013.
- STJUE de 16 de enero de 2014.
- STJUE de 30 de abril de 2014.
- STJUE de 21 de enero de 2015.
- STJUE de 26 de febrero de 2015.
- STJUE de 23 de abril de 2015.
- STJUE de 28 de julio de 2016.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016.
- STJUE de 20 de septiembre de 2017.
- STJUE de 3 de marzo de 2020.
- STJUE de 9 de julio de 2020.

3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 7 de septiembre de 1988.
- RDGRN de 5 de febrero de 1990.
- RDGRN de 4 de mayo de 1992.
- RDGRN de 1 de junio de 1992.
- RDGRN de 29 de junio de 1992.
- RDGRN de 6 de julio de 1992.
- RDGRN de 14 de enero de 2008.
- RDGRN de 1 de febrero de 2008.
- RDGRN de 8 de febrero de 2008.
- RDGRN de 22 de febrero de 2008.
- RDGRN de 28 de febrero de 2008.
- RRDGRN de 29 de febrero de 2008.
- RDGRN de 14 de mayo de 2008.
- RDGRN de 16 de mayo de 2008.
- RDGRN de 19 de mayo de 2008.
- RDGRN de 20 de mayo de 2008.
- RDGRN de 1 de octubre de 2010.
- RDGRN de 4 de noviembre de 2010.
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010.
- RDGRN de 11 de enero de 2011.
- RDGRN de 18 de noviembre de 2013.
- RDGRN de 5 de febrero de 2014.
- RDGRN de 3 de octubre de 2014.
- RDGRN de 28 de abril de 2015.
- RDGRN de 25 de septiembre de 2015.
- RDGRN de 21 de octubre de 2015.
- RDGRN de 10 de noviembre de 2015.
- RDGRN de 17 de noviembre de 2015.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2016). Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (425-469).
- BLANCO GARCÍA, A. I. (2013). Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 195-217.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (CAJA MADRID) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo (No es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 98-115, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/313>.
- CANIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 67-105.

- CARRASCO PERERA, Á. (2013). La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 126-163.
- CARRASCO PERERA, Á. y CORDERO LOBATO, E. (2013). El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, 164-183.
- DEL REY BARBA, S. (2014). La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas. En: M. Olmedo Cardenete e I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (227-265).
- DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. (2016). La Ficha Europea del Crédito Hipotecario (FEIN). En: M. S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (379-404).
- DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. (2017). La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 406-429.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, 19-36.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 35-43.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2019). Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre novación y transacción de cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, 361-397.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). Comentario al artículo 82 TR LGDCU. En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Madrid: Colex (768-788).
- MUÑOZ GARCÍA, C. (2020). Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1386-1404.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016). El impacto de la Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes de uso residencial. *Academia Sevillana del Notariado*, tomo XXVII (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2015/2016), 97-156.
- (2016). Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público. En: M.Á. Parra Lucán (coord.), *La autonomía privada en el derecho civil*. Cizur Menor: Aranzadi (295-360).
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario. *InDret*, núm. 3, 1-28.
- (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario. En: M.L. Moreno-Torres Heredia (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi, ed. digital.
- (2019). El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, ed. digital.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2014). El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios. En: M. Olmedo Cardenete e I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.),

- Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal.* Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (267-276).
- SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 235-265.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. (2018). Sobre el deber de transparencia en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En: R. Sánchez Lería y L. Vázquez-Pastor Jiménez (coord.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus (85-107).
- SIGÜENZA LÓPEZ, J. (2016). La necesidad de repensar el actuar sistema de ejecución hipotecario. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (497-523).
- VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2016). El control de transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas: un control autónomo residenciado en el artículo 60 TRLGDCU. En: M. S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (557-567).
- VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D. (2016). Comentario al artículo 258 de la Ley Hipotecaria. En: A. Domínguez Luelmo (dir.), *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Cizur Menor: Aranzadi (1819-1828).

NOTAS

¹ Por todas, SSTs (salvo indicación expresa en contrario, todas las sentencias referidas en el presente trabajo corresponden a la Sala de lo Civil) de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857) y 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5632). *Vid.* también la STS de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1626) y 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360).

² STS de 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5632).

³ *RJ* 1998, 8742.

⁴ *Vid.* también la STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042).

⁵ STS de 11 de marzo de 2020 (*RJ* 2020, 944).

⁶ La exégesis de las condiciones generales se rige por las disposiciones del Código civil sobre la interpretación de los contratos, con excepción de las dos especialidades previstas, respectivamente, en los artículos 6.1 y 2 LCGC: de un lado, en caso de contradicción entre las condiciones generales y particulares incorporadas al contrato prevalecen estas, salvo que aquellas resulten más beneficiosas para el adherente; de otro, las dudas que puedan surgir en la interpretación de las condiciones generales oscuras deben resolverse en favor del cliente-adherente (si este es consumidor esta norma se aplica solo cuando se ejercita una acción individual), regla que responde a toda lógica si tomamos en consideración que tales cláusulas han sido predisuestas por la entidad de crédito, debiendo esta, por ende, responsabilizarse de las posibles oscuridades en que haya podido incurrir al redactarlas. Vemos cómo a la falta de claridad de las condiciones generales se le atribuyen dos consecuencias jurídicas distintas: la no inclusión en el contrato, de un lado, y la interpretación *contra proferentem*, de otro. ALFARO ÁGUILA-REAL resuelve esta antinomia reservando la consecuencia jurídica de mayor entidad (la no inclusión) para los supuestos más graves de falta de claridad, y la consecuencia jurídica de menor trascendencia (la aplicación de la regla *contra proferentem*) para las hipótesis de mera ambigüedad —ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*. Madrid: Civitas, 286—.

⁷ No resultaría económicamente eficiente exigir al consumidor que suscribe un contrato de adhesión la lectura, estudio y comprensión de todas las condiciones generales y su comparación con las ofertadas por el resto de competidores —MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. (2011). Comentario al artículo 82 TR LGDCU., En: S. Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*. Madrid: Colex, 717—.

⁸ Por todas, STS de 28 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2281); 25 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 137); 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 653), y 20 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 66).

⁹ STS de 25 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 137).

¹⁰ STS de 18 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4102).

¹¹ Bien es cierto que la ubicación idónea para esta disposición hubiera sido, sin duda alguna, el artículo 8 LCGC, que se ocupa de regular los supuestos de nulidad. No obstante, su enclave en el artículo 5, justo después de establecerse que las cláusulas generales deben ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, nos da argumentos suficientes para deducir que la nulidad de las cláusulas se impone como consecuencia de su falta de transparencia formal (*id est*, de la no superación del control de inclusión), y no de su falta de transparencia material, cuyas consecuencias son bien distintas, como veremos más adelante. La misma conclusión extraemos del artículo 83 II del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU), habida cuenta de que, al igual que el artículo 5.5 *in fine* LCGC, aquel precepto es añadido por la LCCI (en este caso, por la disposición final octava) con la misma literalidad. Además, el TRLGDCU no aborda en su articulado el deber de transparencia material, con lo que carece de sentido entender que su artículo 83 II establece las consecuencias del incumplimiento de un deber cuya regulación se contiene en otras normas distintas. A favor de la nulidad de las cláusulas en los supuestos de falta de transparencia formal se pronuncia nuestra jurisprudencia, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, la STS de 18 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4102), que, de los artículos 9.2 y 10.1 LCGC, colige que «cuando una condición general de la contratación no supera el control de inclusión, debe declararse su nulidad, con la consecuencia de que se restituyan sus efectos desde que se aplicó, conforme al artículo 1303 del Código civil».

¹² En lo que sigue, aludimos a las mismas como «cláusulas de carácter esencial», refiriéndonos a las restantes como «cláusulas de carácter accesorio». Las primeras son aquellas que regulan las prestaciones esenciales del contrato (*id est*, definen la esencia misma de la relación contractual) y, por tanto, lo caracterizan. *Vid.* la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\162); STJUE (Sala Tercera) de 23 de abril de 2015 (TJCE 2015\179), y STJUE (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017\171). Por su parte, las cláusulas de carácter accesorio tienen un contenido normativo, pues definen los derechos y obligaciones que corresponden a cada una de las partes contratantes.

¹³ Lo decisivo para que puedan llevarse a cabo los controles de transparencia y contenido es que el prestatario tenga la condición de consumidor al tiempo de celebrarse el contrato. Así, la STS de 18 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 922) declara que, al ofrecerse el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de un local dedicado a oficina, los prestatarios no reúnen la condición de consumidores, «[s]in que ello pueda quedar contradicho por una mera hipótesis, como un incierto y futuro cambio de destino del local, ya que lo relevante es la finalidad en el momento de celebrarse el contrato». En muchos otros pronunciamientos, el Tribunal Supremo excluye el control de transparencia y abusividad de ciertas cláusulas por no ostentar el prestatario la condición de consumidor, pudiendo citarse, a título ejemplificativo, las SSTs de 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4763); 23 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 6184); 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 58); 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2397); 3 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2789 y *RJ* 2018, 2797); 28 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4076); 13 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5413); 13 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 916); 3 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2181); 10 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3851); 18 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4103); 28 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4947); 15 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 653); 28 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 114), y 27 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 515). Hemos de aclarar que el préstamo y la subrogación que pudiere tener lugar son operaciones distintas y, por tanto, si el prestatario inicial no fuera consumidor (*v. gr.*, el promotor) y quien se subroga en el préstamo sí ostentase tal condición, solo las cláusulas contenidas en la escritura de subrogación se someterán a los controles de transparencia material y contenido. En este sentido, SSTs de 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34 y *RJ* 2018, 162); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181); 26 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 194); 24 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2139); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366);

13 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2454); 20 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4044 y *RJ* 2018, 4160), y 23 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 200943).

¹⁴ Por todas, SSTs de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975 y *RJ* 2019, 5206); 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5390), y 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 75).

¹⁵ *RJ* 2013, 3088.

¹⁶ STJUE (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 (TJCE 2017/171). *Vid.* también las SSTs de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845) y 15 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4730).

¹⁷ Afirma la STS de 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181): «el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, sino que este se subrogue en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrar al consumidor información que le permita adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato». En igual sentido, SSTs de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5063); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34 y *RJ* 2018, 162); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 26 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 194); 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 2190); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366); 14 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 539); 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 69), y 22 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 200943).

¹⁸ STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509).

¹⁹ STS de 15 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4730).

²⁰ Por todas, SSTs de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4759); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181); 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 2190), y 22 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2387).

²¹ Para un análisis en profundidad de las cláusulas sorprendentes, *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones... op. cit.*, 241-275.

²² Hablamos de presunción porque la comprensibilidad de las cláusulas, como hemos señalado, no se valora con relación a cada concreto consumidor, sino que se trata de un control objetivo que se vincula a un consumidor medio.

²³ *Vid.* el artículo 3 de la derogada Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden de 5 de mayo de 1994) y la sección 2.^a del capítulo II de la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante, Orden EHA 2899/2011).

²⁴ ATS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), aclaratorio de la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

²⁵ En este sentido, DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M.I. (2017). La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 9, núm. 1, 412-413.

²⁶ El periodo que establece el artículo 14.6 I Directiva 2014/17/UE es de siete días como mínimo, si bien se ofrece a los Estados miembros la posibilidad de ampliarlo, opción de la que, como vemos, ha hecho uso el legislador español. No obstante, pese a ampliar el plazo previsto por la norma comunitaria, el periodo de diez días que contempla el artículo 14.1 LCCI entraña una reducción respecto del establecido por el artículo 23.5 Orden EHA 2899/2011 para la entrega de la oferta vinculante, cuya validez abarcaría, salvo que mediaren circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, los catorce días naturales siguientes a su fecha de entrega. El artículo 14.6 III b) Directiva 2017/14/UE claramente diseña el plazo como renunciante por el prestatario al declarar que «[c]uando un Estado miembro especifique un periodo de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito [...] el consumidor podrá aceptar la oferta durante el periodo de reflexión». Coincidimos con PERTÍÑEZ VÍLCHEZ en que, si la configuración de un periodo de reflexión irrenunciable busca la protección del prestatario frente a una renuncia impuesta por el prestamista, debería admitirse tal renuncia cuando se justifique el interés del prestatario en celebrar el contrato de préstamo y disponer del capital antes de que transcurra el plazo —PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información

documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, ed. digital—. Sin embargo, el legislador español concibe el periodo de reflexión como irrenunciable en el artículo 10.1 LCCI, según el cual la información precontractual de los préstamos inmobiliarios se debe entregar con la suficiente antelación, «que nunca será inferior a diez días naturales». Este precepto resulta indisponible para las partes contratantes *ex* artículo 3 I LCCI. Así pues, el carácter irrenunciable que el artículo 10.1 LCCI confiere al periodo de reflexión, junto a la sanción disciplinaria a la que se enfrenta el notario por el incumplimiento del plazo de información precontractual previo a la autorización de la escritura en los préstamos y créditos hipotecarios sobre vivienda residencial —infracción calificada como muy grave por el artículo 43.Dos.2.A)h)e) de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social—, determinan que, en la práctica, el notario respete en todo caso el periodo de reflexión, aun cuando ello implique desatender el interés real del prestatario.

²⁷ Esta documentación debe también remitirse por vía telemática, junto a la manifestación firmada por el prestatario en la que declare haber recibido la información con las pertinentes explicaciones de su contenido, al notario elegido por el prestatario a los efectos del artículo 15 LCCI, que analizaremos más adelante.

²⁸ Para un análisis en profundidad, *vid.* DÍEZ DE LOS RÍOS FLORES, M. (2016). La Ficha Europea del Crédito Hipotecario (FEIN). En: M. S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (379-404).

²⁹ La parte A del Anexo I de la LCCI contiene el modelo normalizado de FEIN que el prestamista debe proporcionar al prestatario o potencial prestatario, reemplazando las indicaciones entre corchetes por la información que corresponda. En la parte B del precitado Anexo I constan las instrucciones que debe seguir el prestamista para cumplimentar la ficha.

³⁰ Coincidimos con OLIVA BLÁZQUEZ en que «llega un momento en que la información no solo resulta inútil, por cuanto es inasumible para el consumidor, sino que puede ser contraproducente, ya que este comienza a desconfiar del negocio que pretende concluir ante la avalancha de advertencias que recibe antes de contratar, que acaban interpretándose como una suerte de táctica exoneratoria que emplea el empresario para eludir futuras responsabilidades derivadas de un contrato peligroso y complejo» —OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2016). El impacto de la directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes de uso residencial. *Academia Sevillana del Notariado*, tomo XXVII (Ejemplar dedicado a: Conferencias del curso académico 2015/2016), 134—.

³¹ Por lo general, el día antes de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo tanto la entidad de crédito como el consumidor ya han decidido contratar, con lo que el asesoramiento en este momento corre el riesgo de constituir un mero trámite formal.

³² En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber... *op. cit.*; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario. En: M.L. Moreno-Torres Heredia (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario*. Cizur Menor: Aranzadi, ed. digital; SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 260; SÁNCHEZ LERÍA, R. (2018). Sobre el deber de transparencia en el Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. En: R. Sánchez Lería y L. Vázquez-Pastor Jiménez (coord.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*. Madrid: Reus (102, nota al pie núm. 28).

³³ En esta dirección parece apuntar PERTÍÑEZ VÍLCHEZ al sostener que: no sería proporcionado establecer una presunción de superación del deber de transparencia material, una vez acreditado el cumplimiento de las obligaciones de documentación precontractual establecidas, que admitiese sin embargo, de manera excepcional, una prueba en contrario, que pudiera fundarse en la ausencia de las explicaciones adecuadas a las que se refieren el artículo 16 de la Directiva 2014/17/UE y el artículo 14.2 LCCI, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). El deber... *op. cit.*

³⁴ RCL 2019, 1924.

³⁵ Por todas, SSTs de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660); 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4759); 16 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4899); 22 de marzo de 2018 (RJ 2018,

1892); 11 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1730); 22 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2387); 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2410); 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3638); 12 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3993); 20 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4265); 20 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5116); 11 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 17); 27 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 1201); 11 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3858), y 9 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 1571).

³⁶ Por todas, SSTs de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088); 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660); 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845), y 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509). En la doctrina administrativa, *vid.* RDGRN de 5 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1178). Entre nuestros autores, SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de... *op. cit.*, 238; VÁZQUEZ MUIÑA, T. (2016). El control de transparencia de las cláusulas contractuales predispuestas: un control autónomo residenciado en el artículo 60 TRLGDCU. En: M.S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson (560-561). Esta es la tendencia seguida también por el artículo II-9:402 DCFR, en virtud del cual: «(1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair» (énfasis añadido).

³⁷ Por todas, SSTs de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5261); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 182); 23 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1892); 11 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3858), y 12 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4528).

³⁸ SSTJUE (Sala Primera) de 26 de abril de 2012 (TJCE 2012, 98) y 16 de enero de 2014 (TJCE 2014, 7).

³⁹ STJUE (Sala Tercera) de 28 de julio de 2016 (TJCE 2016\296).

⁴⁰ Por todas, la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\162), && 40 y 49.

⁴¹ *Vid.* también el ATS de 8 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 129083) y la STS de 2 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4558).

⁴² Como exponentes de esta doctrina podemos citar las SSTs de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845); 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4759); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366); 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3638); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975) y *RJ* 2019, 5206); 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5390); 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 75); 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 440), y 22 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 211352).

⁴³ En este sentido, CAÑIZARES LASO, A. (2015). Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 93 y sigs.

⁴⁴ El error debe recaer sobre un elemento que fue esencial para que se otorgara el consentimiento contractual y la transparencia solo se controla con respecto a las cláusulas de carácter esencial.

⁴⁵ Por todas, STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509).

⁴⁶ STS de 16 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4332).

⁴⁷ *RJ* 1988, 7000.

⁴⁸ *RJ* 1990, 727.

⁴⁹ *Vid.* también las RRDGRN de 4 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4835); 1 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5814); 29 de junio de 1992 (*RJ* 1992, 5951), y 6 de julio de 1992 (*RJ* 1992, 6521).

⁵⁰ Actual artículo 84 TRLGDCU.

⁵¹ Este precepto encuentra correspondencia en el artículo 82 TRLGDCU.

⁵² Este razonamiento es coherente con la previsión que contenía el artículo 7 LCU. En la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 17 de junio de 1994 (*RJ* 1994, 4932); 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6581), y 18 de marzo de 1995 (*RJ* 1995, 1964; Ponente: Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil).

⁵³ *RJ* 2008, 2086.

⁵⁴ En igual sentido, RRDGRN de 14 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 2091); 1 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 633); 8 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 639 y *RJ* 2008, 2094); 22 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2790); 28 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2793); 29 de febrero de 2008 (*RJ*

2008, 2793 y *RJ* 2008, 8269); 14 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 8279); 16 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3154); 19 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 7714), y 20 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 7715).

⁵⁵ *RJ* 2010, 5273.

⁵⁶ *Vid.* también RRDGRN de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 2461); 21 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 263), y 11 de enero de 2011 (*RJ* 2011, 269).

⁵⁷ RRDGRN de 4 de noviembre de 2010 (*RJ* 2011, 2461); 18 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 8046); 3 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5512); 28 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 3300); 25 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4623); 21 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 6493); 10 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6495); 17 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 6496), y 19 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 5285).

⁵⁸ Por todos, SÁENZ DE JUBERA, B. (2019). Control de... *op. cit.*, 238.

⁵⁹ Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones...* *op. cit.*, 138-142; BASOZABAL ARRUE, X. (2016). Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo. En: M. Espejo Lerdo de Tejada y J. P. Murga Fernández (dir.), *Vivienda, préstamo y ejecución*. Cizur Menor: Aranzadi (445-446).

⁶⁰ Por todos, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2014). El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios. En: M. Olmedo Cardenete e I. Sánchez Ruiz de Valdivia (dir.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias. Un drama social y un problema legal*. Valencia: Tirant lo Blanch, ed. digital (273). La postura contraria sostiene la STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042), según la cual: «Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1992/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación».

⁶¹ TJCE 2010\162.

⁶² STJUE de 27 de junio de 2000 (*JUR* 2018, 83004).

⁶³ En este sentido se pronuncia también el abogado general Sr. Maciej Szpunar en sus conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2019 al asunto C-125/18 (§ 100), si bien tales conclusiones no son seguidas por el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 (TJCE 2020\3), que resuelve el precitado asunto.

⁶⁴ *RJ* 2010, 6554.

⁶⁵ *RJ* 2012, 8857.

⁶⁶ Por todas, STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014\105).

⁶⁷ STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

⁶⁸ TJCE 2013\89.

⁶⁹ Considerando decimosexto (no numerado) de la Directiva 93/13/CEE.

⁷⁰ En la misma línea, BASOZABAL ARRUE, X. (2016). Límites imperativos... *op. cit.*, 448.

⁷¹ STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088). *Vid.* también las SSTs de 2 de octubre de 2000 (*RJ* 2000, 8131); 22 de febrero de 2001 (*RJ* 2001, 2609); 12 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6047), y 30 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 2024).

⁷² El TJUE (Sala Novena), en sentencia de 26 de febrero de 2015 (TJCE 2015\93), se refiere a la relación de cláusulas contenida en el precitado anexo de la Directiva como una «lista gris».

⁷³ A falta de Derecho dispositivo aplicable al caso, las normas con las que establecer la aludida comparación vienen determinadas, *ex* artículo 1258 del Código civil, por la buena fe, el uso y la Ley —ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones...* *op. cit.*, 82—.

⁷⁴ Para un análisis en profundidad, *vid.* MUÑOZ GARCÍA, C. (2020). Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1386-1404.

⁷⁵ Por todas, SSTJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012\143); 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013\145); 21 de enero de 2015 (TJCE 2015\4), y 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016\309), y STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014\105). En la jurisprudencia nacional, *vid.* la STS de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360).

⁷⁶ En igual sentido, STS de 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042).

⁷⁷ STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

⁷⁸ *RJ* 2018, 182.

⁷⁹ En igual sentido, STS de 11 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3858).

⁸⁰ STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509).

⁸¹ *RJ* 2015, 2042.

⁸² *RJ* 2014, 4660.

⁸³ STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509). En el asunto enjuiciado, el Tribunal señala que el hecho de que el marido de la demandante fuera licenciado en Derecho por una universidad mexicana, que hubiera homologado en España su título de licenciado y que trabajase en una empresa que prestaba asesoramiento para el establecimiento de empresas en México no lo convierte en experto en el tipo de contrato suscrito por su esposa. *Vid.* también las SSTS de 24 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5261) y 12 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4528).

⁸⁴ *RJ* 2021, 9.

⁸⁵ SSTS de 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 162); 26 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 194); 11 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1730); 13 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2440), y 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 69).

⁸⁶ STS de 13 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3839); 18 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 498), y 17 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5120).

⁸⁷ *JUR* 2020, 207111.

⁸⁸ Esta doctrina es seguida por nuestro Tribunal Supremo, *inter alia*, en las Sentencias 15 de diciembre de 2020 (*RJ* 2020, 4360) y de 26 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 123).

⁸⁹ Por todas, la STJUE (Sala Primera) de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010\162), §§ 40 y 49.

⁹⁰ ATS de 3 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 3617), aclaratorio de la STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088).

⁹¹ En particular: 1) las cláusulas suelo son lícitas; 2) su inclusión en los contratos de préstamo a interés variable responde a razones objetivas; 3) no son cláusulas inusuales o extravagantes; 4) su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado; 5) la condena a cesar en el uso de las cláusulas y a eliminarlas por abusivas no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, sino en la falta de transparencia; 6) la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna, sino de la insuficiencia de la información precontractual proporcionada al consumidor; 7) no consta que las entidades crediticias hayan incumplido las exigencias reglamentarias de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994; 8) la finalidad de la fijación del tope mínimo pretende mantener un rendimiento mínimo de los préstamos hipotecarios que permita a las entidades de crédito resarcirse de los costes de producción y mantenimiento de estas financiaciones; 9) las cláusulas se calculaban para que no implicasen cambios significativos en las cuotas iniciales a pagar, que son las que los prestatarios tienen en cuenta al tiempo de decidir sus comportamientos económicos; 10) la sustitución del acreedor está permitida legalmente, y 11) la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico.

⁹² Por todas, SSTS de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 735) y 29 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 2042).

⁹³ *RJ* 2015, 2042.

⁹⁴ *RJ* 2015, 735.

⁹⁵ El magistrado disidente, firmante de la STS de 9 de mayo de 2013, reconoce en el voto particular de referencia que, en dicho pronunciamiento, el Tribunal incurre en un error de concepto en el planteamiento de la cuestión al encuadrar en la retroactividad la razón de ser de la ineficacia de la cláusula suelo. En la sentencia de 2013, el Tribunal Supremo elabora una fundamentación técnica de la ineficacia basada en los efectos retroactivos tanto del alcance del concepto de nulidad como de la propia sentencia dictada. De esta suerte, se asimilan los planos de la ineficacia y la retroactividad y, en consecuencia, se pronuncia el Tribunal sobre la devolución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor en aplicación de una cláusula suelo ineficaz con base en el fenómeno de la retroactividad.

⁹⁶ TJCE 2016\309.

⁹⁷ Por todas, SSTS de 24 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 602); 20 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1559, *RJ* 2017, 1577 y *RJ* 2017, 1578); 18 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2204, *RJ* 2017,

2220 y *RJ* 2017, 2227); 25 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2561); 1 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2499); 6 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2806); 27 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3024); 18 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3370, *RJ* 2017, 3374 y *RJ* 2017, 4401); 19 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3372 y *RJ* 2017, 3381); 20 de julio de 2017 (*RJ* 2017, 3376, *RJ* 2017, 3377, *RJ* 2017, 3379, *RJ* 2017, 4399, y *RJ* 2017, 4400); 21 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 6043); 30 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 283); 22 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 1136); 24 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 2190); 26 de abril de 2018 (*RJ* 2018, 1789); 22 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 2387); 15 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2452); 20 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2678, *RJ* 2018, 2679 y *RJ* 2018, 2680); 26 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2926 y *RJ* 2018, 3102); 27 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3263); 4 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2799 y *RJ* 2018, 2802); 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2961, *RJ* 2018, 2964, *RJ* 2018, 3139 y *RJ* 2018, 3347); 19 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2965); 25 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 4210); 10 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4445); 11 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4281 y *RJ* 2018, 4466); 17 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4298); 8 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4745, *RJ* 2018, 4749, *RJ* 2018, 4750, *RJ* 2018, 4755 y *RJ* 2018, 5155); 19 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5172); 21 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5109); 29 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 5354); 5 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5385, *RJ* 5424 y *RJ* 2018, 5434); 12 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5443 y *RJ* 2018, 5447); 18 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5491); 15 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 59; *RJ* 2019, 83 y *RJ* 2019, 104); 31 de enero de 2019 (*RJ* 2019, 240 y *RJ* 2019, 246); 4 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 319); 5 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 305, *RJ* 2019, 311 y *RJ* 2019, 327); 26 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 1189); 27 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 1201, *RJ* 2019, 1212, *RJ* 2019, 1222 y *RJ* 2019, 1233); 4 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1252); 9 de abril de 2019 (*RJ* 2019, 1340); 7 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 1931); 17 de mayo de 2019 (*RJ* 2019, 1960); 10 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2440 y *RJ* 2019, 2448); 25 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2609 y *RJ* 2019, 2619); 26 de junio de 2019 (*RJ* 2019, 2621 y *RJ* 2019, 2629); 16 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 2807, *RJ* 2019, 2831 y *RJ* 2019, 3001); 18 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 2836 y *RJ* 3267); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 10 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3856 y *RJ* 2019, 3943); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975); 20 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 818); 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 440), y 19 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 165091). En la sentencia de 29 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 5632), el Tribunal Supremo no concede la devolución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula suelo al entender que los prestatarios consintieron la limitación temporal acordada en primera instancia al no recurrir la sentencia en apelación.

⁹⁸ *RJ* 2017, 2561.

⁹⁹ STS de 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 181). *Vid.* también las SSTs de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845); 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509); 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4759); 17 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 34); 23 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 249); 4 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2366); 11 de septiembre de 2018 (*RJ* 2018, 3638); 9 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 3849); 5 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 4975 y *RJ* 2019, 5206); 8 de enero de 2020 (*RJ* 2019, 5390); 23 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 75); 4 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 440), y 22 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 211352).

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

MADRID

SEMINARIOS DE LA REVISTA CRÍTICA Y ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

160 aniversario de la Ley Hipotecaria

El día 25 de abril de 2021, en el Colegio de Registradores, se ha celebrado el Seminario de la Revista Crítica y Asociación de Profesores de Derecho civil titulado, *Las legítimas en Derecho civil común. Presente y futuro*, a través de la plataforma de *Microsoft teams*, a las 17:00 horas.

Con el siguiente programa:

- «*La imprescindible reforma del sistema legitimario del Código civil: la propuesta de la APDC*». Gorka Galicia Aizpurúa, profesor titular de Derecho civil (acred. Catedrático) en la UPV/EHU. Coordinador del título IV (De las sucesiones), libro IV de la Propuesta de Código civil de la APDC.
- «*Las legítimas y el Registro de la Propiedad*». Basilio Aguirre Fernández, registrador de la propiedad, consejero-secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario y director del Centro de estudios del Colegio de Registradores.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

DE SALAS MURILLO, Sofia. «*El deslinde de fincas*», Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 218 pp.

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

La fijación de los linderos de una finca en relación con las colindantes es una operación que plantea dificultades materiales y jurídicas, para la que el ordenamiento prevé la figura del deslinde. Reconocido este por el Código civil como una de las facultades del propietario y del titular de un derecho real sobre la finca, cuenta con una serie de criterios para llevarlo a cabo, que aporta el propio Código, enriquecidos por una abundante doctrina jurisprudencial sobre sus presupuestos, naturaleza y efectos que, además de aportar las correspondientes soluciones al caso concreto, ha puesto de manifiesto los borrosos perfiles de esta figura en cuestiones como su naturaleza jurídica y efectos, la diferenciación respecto otras figuras como la acción reivindicatoria o su conexión con la usucapión.

A esta falta de nitidez, se añade que el deslinde tiene un marco legislativo complejo, dado que se encuentra regulado en sede civil y administrativa, con efectos a veces coincidentes y a veces diversos.

En sede civil, el procedimiento para llevarlo a cabo se encuentra en distintos cuerpos legales, en función de si se torna contencioso o no. Por una parte, los deslindes en los que hay oposición o no hay acuerdo, y por ello se judicializan, encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Civil su base procedimental, y en el Código civil y el Código civil de Cataluña —que lo denomina delimitación—, los criterios materiales para que la autoridad judicial tome la decisión respecto al deslinde. Para los deslindes que, al menos de entrada, no son contenciosos, el legislador introdujo en el año 2015 un doble procedimiento dependiendo de si se trata de fincas inscritas o no. Así, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción voluntaria, en sus artículos 104 a 107 se ocupa del deslinde de fincas no inscritas, que se tramita por los letrados de la Administración de Justicia. Para las fincas inscritas, la Ley 13/2015, de 24 de junio, da una nueva redacción a los artículos 200 y 201 LH, que regulan el deslinde registral de fincas y la rectificación de linderos registrales, sin perder de vista el también reformado artículo 199 LH que ha tomado un especial protagonismo en este campo. En todo ello destaca el papel de las actuales técnicas de identificación de las fincas, desarrolladas al hilo de la regulación sobre las bases gráficas, que inciden directamente en el deslinde, bien como su base, bien como su resultado.

Por su parte, las Administraciones públicas tienen el privilegio de deslindar las fincas integradas en su patrimonio (de dominio público, patrimoniales o, en

su caso, comunales) de otras colindantes, como disponen los artículos 50 y siguientes Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas, las leyes de patrimonio de las diversas comunidades autónomas, y los artículos 56 y siguientes del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. A ello hay que sumar, dado que rige en este punto el principio de especialidad por razón de la materia, las leyes sectoriales que contienen sus propias reglas acerca de deslinde administrativo, tanto en la legislación básica como en la autonómica: en materia de montes, por ejemplo, existe una regulación específica sobre deslinde que, además de ser la primera en el tiempo y constituir una de las instituciones más destacadas de la propia legislación de montes, ha influido en el entendimiento del deslinde administrativo como potestad de autotutela de la Administración.

La autora de la monografía *El deslinde de fincas*, es Sofía de SALAS MURILLO, profesora titular de Derecho civil (acreditada catedrática), en la Universidad de Zaragoza. Sus líneas de investigación son la regulación jurídico-privada de la discapacidad intelectual, campo en el que ha liderado de forma consecutiva, con la profesora MAYOR DEL HOYO, tres Proyectos de Investigación del Ministerio (actualmente PID2019-105489RB-I0 Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos), siendo autora de numerosas publicaciones, y la materia Derechos reales. En este campo de investigación es autora entre otros, de artículos científicos sobre el derecho de superficie, patrimonio histórico, y de la monografía *La titularidad de los montes* (2017), Dykinson, 283, de la que esta sobre el deslinde es, en cierto modo, una continuación.

La obra *El deslinde de fincas* contiene una visión de conjunto del deslinde, que aspira a aportar una exposición ordenada de los distintos cauces para su realización, con sus respectivos procedimientos y efectos en el ámbito civil. También aborda una serie de cuestiones civiles que plantean los deslindes administrativos

En la primera parte de la obra que comentamos se exponen los aspectos generales de la figura, partiendo de la fijación, a estos efectos, del concepto finca (capítulo 1), que, si bien se identifica mayoritariamente con las rústicas, no excluye algunas urbanas como las plazas de garaje. A continuación se describen brevemente los hitos fundamentales del marco histórico (capítulo 2), —del que no se puede prescindir, no solo por su entronque con la *actio finium regundorum*, sino porque ha sido una figura de constante presencia en nuestra legislación—, para analizar en el capítulo 3 la función individualizadora o identificativa de la facultad de deslinde, que materializa y define el objeto de la propiedad en cuanto a su extensión en sentido horizontal, facilitando el ejercicio de todas las facultades del dominio, en especial, aunque no únicamente, la de exclusión: de hecho, la autora entiende que la finalidad última de esta facultad es proteger el derecho de propiedad en que se inserta, así como los derechos reales limitados sobre la finca.

En el capítulo 4 se exponen los presupuestos del deslinde, enumerados y desarrollados por la jurisprudencia con ocasión de la acción judicial de deslinde, si bien, la práctica totalidad de ellos, son aplicables a cualquier deslinde, también el efectuado de común acuerdo. Así, respecto a la existencia de colindancia, se plantean cuestiones como si cabe ejercitar el deslinde respecto a un enclavado, o respecto a la conflictiva cuestión de la confusión de los linderos, se analiza si la existencia de algún tipo de signo externo de delimitación es compatible con este presupuesto, y de admitirse, si ello supone que el deslinde pueda tener como efecto, la rectificación de linderos. También, si es necesario que se dé posesión *promiscua*, o en su caso, usurpación, así como los requisitos de identificación

de la finca (presupuesto y consecuencia) y de prueba de la propiedad o derecho real de los colindantes.

La segunda y principal parte de la obra se centra en los distintos procedimientos para efectuar el deslinde con sus respectivos efectos, distinguiendo entre lo que la autora denomina deslinde contencioso y deslinde convencional.

El primero —aquel en que, desde el inicio, o una vez intentado, no se consigue un acuerdo entre los colindantes afectados—, supone el ejercicio de la acción de deslinde por los cauces del juicio declarativo que corresponda, y a él se dedica el capítulo 5. En el análisis de los criterios que el juez tiene para decidir sobre el deslinde (títulos suficientes, posesión de los colindantes u otros medios de prueba, etc.) destaca el análisis efectuado de las nuevas perspectivas en los criterios de decisión en el deslinde contencioso tras las reformas de 2015: el valor como prueba de la inscripción de la representación gráfica georreferenciada (arts. 9 y 199 LH), y en concreto, del nuevo alcance de la presunción del artículo 38 LH a la «ubicación y delimitación geográfica» en el juicio de deslinde y su colisión con la presunción del artículo 448 del Código civil. Se expone, además, la relación de esta acción con otras, como la acción declarativa de la propiedad (y en este caso, su conexión con la figura de la usucapión), y en especial con la acción reivindicatoria, a la que frecuentemente se acumula en la práctica. En cuanto a los efectos de la sentencia del juicio de deslinde, se pone de manifiesto que la declaración de delimitación del objeto sobre el que recae la propiedad en que consiste el deslinde, va acompañada en muchas ocasiones de efectos que se parecen a los que siguen a una acción de condena de restitución de la posesión, además de tener otras utilidades, como servir de título inmatriculador o para rectificar asientos registrales en lo relativo a la ubicación y delimitación geográfica.

El deslinde denominado en la monografía *convencional*, se lleva a cabo por dos vías: la prevista en la Ley de Jurisdicción voluntaria (capítulo 6), y la de los cauces previstos en la Ley Hipotecaria, que ofrecen la posibilidad de llegar a dicho resultado de deslinde hasta por tres vías distintas, que se analizan en el capítulo 7: la del procedimiento de incorporación al folio real de la representación gráfica georreferenciada (art. 199 LH), en el caso de que «los colindantes registrales afectados hayan prestado su consentimiento a la rectificación solicitada», el deslinde registral (art. 200 LH), y como una posible tercera vía por la que cabe llegar a ese resultado, la rectificación de linderos del artículo 201 LH.

El análisis de todo ello hace dudar a la autora de que en el actual sistema quepa —aunque también puede haber motivos para mantenerlo—, un deslinde puramente privado o *contractual* al margen de estas vías de jurisdicción voluntaria (capítulo 8).

En el capítulo 9 se abordan los principales aspectos civiles del deslinde administrativo, como el papel del particular en el inicio de un deslinde frente a la Administración, los «indicios de usurpación» como presupuesto del deslinde administrativo o los criterios para decidirlo, el papel de la oposición del particular en el procedimiento o la posible alegación de usucapión en contra de la Administración, los efectos civiles del deslinde administrativo aprobado y firme, la impugnación del acto de deslinde y el problema de la dualidad de jurisdicciones, y algunas cuestiones relativas a notas marginales y anotaciones preventivas relativas al deslinde.

Queda claro, en definitiva, que la utilidad de esta figura trasciende la simple declaración de un estado posesorio, pues puede constituir un requisito *sine qua*

non para el ejercicio de otras acciones como la declarativa o la reivindicatoria en los casos en que los límites no son precisos, conllevar la recuperación de posibles posesiones indebidas que se detectan con ocasión de su realización, o incluso, una rectificación de linderos —si se entiende que lo que se exige como presupuesto es una confusión jurídica y no meramente, o no solo, material de los mismos—, y tiene eficacia declarativa de la titularidad demanial en algunos casos de deslindes administrativos. Y aunque este último efecto no pueda predicarse de los deslindes civiles, lo cierto es que el deslinde, tal y como está configurado actualmente, va a posibilitar el ejercicio efectivo de todas las facultades que integran el dominio, por lo que se pone de manifiesto que la importancia de esta figura va mucho más allá de la idea que pueda tenerse inicialmente del deslinde como requisito *cuasimaterial* para el ejercicio de otras acciones, sin dejar de lado su contribución al gran objetivo legislativo de lograr la coordinación Catastro-Registro.

La obra recoge la doctrina más reciente de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (tradicional Dirección General de los Registros y del Notariado) en la materia, así como del Tribunal Supremo, dando al lector una visión global de la figura del deslinde, de sumo interés teórico y práctico, tanto desde una perspectiva civil como registral.

Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 601 págs. Ruiz Muñoz, Miguel/ De la Vega Justribó, Bárbara (dirs.) / Lastiri Santiago, Mónica (coord.)

por

IRENE NAVARRO FRÍAS
Prof. contratada doctora de Derecho mercantil
Universidad de La Laguna.

Responsabilidad social corporativa es el resultado de recopilar algunos de los trabajos que, a lo largo de sus distintas ediciones desde el año 2013, han sido defendidos en el *Seminario Internacional sobre Derecho de los Negocios, RSC, economía colaborativa y legal compliance*, celebrado anualmente en la Universidad Carlos III de Madrid y dirigido por quienes son a su vez directores de esta obra, los profesores Miguel RUIZ MUÑOZ y Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBÓ.

Los méritos de la publicación son muchos. En primer lugar, el estar dividida en tres bloques temáticos de innegable interés y actualidad, como son: la responsabilidad social corporativa, la economía colaborativa y el cumplimiento normativo. En segundo lugar, que en relación con estos temas se cuenta con aportaciones de reputados profesores especialistas en las distintas materias pero también de profesionales externos a la universidad (abogados, miembros de la CNMV), así como de jóvenes investigadores. Por último, debe señalarse la perspectiva multidisciplinar e internacional que preside la obra. A lo largo de la misma encontramos contribuciones no solo de Derecho mercantil sino también de Derecho procesal, Derecho internacional público, Derecho internacional privado y de Organización de Empresas; a lo que se suma la visión de Derecho comparado aportada por profesores de distintas universidades extranjeras (Italia, Francia, Costa Rica).

La primera parte de la obra (y la más extensa) se dedica a la *responsabilidad social corporativa* y cuenta con las aportaciones de María José ÁLVAREZ GIL (catedrática de Organización de Empresas, Universidad Carlos III de Madrid) y María José MONTES SANCHO (profesora titular de Organización de Empresas, Universidad Carlos III de Madrid), Christi AMESTI MENDIZÁBAL (profesora titular de Derecho Mercantil, Universidad Complutense de Madrid), María Jesús BLANCO SÁNCHEZ (contratada FPU, Derecho Mercantil, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla), María Isabel CANDELARIO MACÍAS (profesora titular de Derecho mercantil, Universidad Carlos III de Madrid), Bárbara DE LA VEGA JUSTRIBÓ (profesora visitante, acreditada a titular, de Derecho mercantil, Universidad Carlos III de Madrid), Paula DEL VAL TALENS (contratada postdoctoral, Universidad de Valencia), José Miguel EMBID IRUJO (catedrático de Derecho mercantil, Universidad de Valencia), Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA (catedrático de Derecho internacional público, Universidad Carlos III de Madrid), Alberto JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA (doctor investigador del Instituto universitario de investigación en estudios latinoamericanos, Universidad de Alcalá), Miguel RUIZ MUÑOZ (catedrático de Derecho mercantil, Universidad Carlos III de Madrid), Jeannette VALVERDE CHAVES (profesora catedrática, Universidad Nacional de Costa Rica), Pedro Luis VIZCAÍNO GARRIDO (abogado, doctor en Derecho) y María VITTORIA ZAMMITTI (PhD in Business and Law, Università degli Studi di Brescia e Bergamo, Italia). La oportunidad de dedicar la primera y más extensa parte de esta publicación a la responsabilidad social corporativa se pone de manifiesto desde el momento en que prácticamente todos los autores coinciden en la importancia pero, al mismo tiempo, en la falta de claridad y de contornos precisos que caracterizan a este concepto. Precisamente gran parte de los esfuerzos desplegados en la obra se centran en delimitarlo, en determinar su carácter obligatorio o voluntario (aunque la gran mayoría de los autores afirman que la voluntariedad es requisito esencial para poder hablar de responsabilidad social corporativa, lo cierto es que esto no es compartido por todos) y también su deslinde con otras figuras distintas pero relacionadas con el mismo como son el buen gobierno corporativo y el cumplimiento normativo (o *legal compliance*) (v. en relación con esta última cuestión AMESTI MENDIZÁBAL, Ch., La responsabilidad social corporativa: una forma de administrar, 69 y 84; VIZCAÍNO GARRIDO, P.L., La RSC/E como instrumento de decisión de los administradores en la crisis empresarial, 315).

Al hablar de responsabilidad social corporativa nos referimos a las actuaciones de las compañías (pensemos en el caso de las grandes compañías) que no toman en consideración exclusivamente el interés de sus socios, sino también el interés de otros colectivos relacionados con la misma (trabajadores, consumidores), incluso el interés general (en materias como, por ejemplo, el medio ambiente), sin que vengan obligadas a ello por la ley o por un contrato. En relación con este tipo de decisiones se plantean múltiples cuestiones. En primer lugar, se discute el encaje de este movimiento con el entendimiento mayoritario del interés social como interés común de los socios. Se cuestiona, por ejemplo, si la recepción de esta tendencia debe ir acompañada de una apertura del interés social hacia esos otros intereses de los denominados *stakeholders*. Sin embargo, a lo largo de las distintas contribuciones a esta obra colectiva se pone de manifiesto que la práctica de este tipo de responsabilidad corporativa no tiene por qué llevar aparejada una modificación en el entendimiento del interés social (desde planteamientos contractualistas a otros de corte institucionalista) en la medida en que las estrategias de RSC sirven (o pueden servir)

como mecanismo de maximización del valor empresarial al mejorar la reputación corporativa y la concepción de estas empresas como buenas ciudadanas (aborda esta cuestión RUIZ MUÑOZ, M., Sobre la moralización de la empresa, *passim*; en todo caso, a favor de que el legislador conceda relevancia a la RSC y la considere a la hora de regular la forma de actuar de los administradores, *iluminando* la cláusula del interés social v. AMESTI MENDIZÁBAL, 77). Al estudio de este alineamiento entre RSC e interés social en la medida en que una buena política de responsabilidad social corporativa sirve para que se perciba a la empresa como buena ciudadana y mejore su reputación y su rendimiento se dedica una de las contribuciones a esta obra, centrándose en el estudio del caso concreto de los hoteles españoles, y advirtiendo, en todo caso, de los peligros del denominado *greenwashing* (ÁLVAREZ GIL, M.J./MONTES SANCHO, M.J., Ética, sostenibilidad y RSC: ¿herramientas del marketing estratégico en los hoteles españoles?). De cualquier forma, conviene ser cautos. Y así no puede desconocerse que este alineamiento no se producirá siempre. Algunos escenarios, especialmente aquellos de carencia de recursos suficientes o de proximidad a la insolvencia, lo complican extraordinariamente y determinan una relación especialmente conflictiva entre los distintos intereses (internos y externos a la sociedad) en juego. Precisamente al papel que está llamada a jugar la responsabilidad social corporativa en situaciones de crisis empresarial se dedica otra de las aportaciones a esta publicación (VIZCAÍNO GARRIDO, P.L., La RSC/E como instrumento de decisión de los administradores en la crisis empresarial). En ella se aborda de manera general la cuestión de qué responsabilidad cabrá exigir al administrador si las políticas voluntarias que asuma en materia en RSC terminan produciendo un perjuicio al valor de empresa. El foco se pone en el administrador como gestor de intereses ajenos porque los propios socios sí podrían decidir atender a los intereses de grupos distintos a ellos mismos disponiéndolo, por ejemplo, en los estatutos o a través de instrucciones de la junta general (son los socios «*quienes tienen que definir, delimitar o especificar cuál es el contenido esencial de la RSC/E cuando ello suponga alteración del interés social*», VIZCAÍNO GARRIDO, P.L., 321; sobre este tema v. también AMESTI MENDIZÁBAL, Ch., 78). Por último, no puede dejar de mencionarse que la conexión que habitualmente se establece entre RSC y rentabilidad para la empresa («*doing well by doing good*») precisa de más estudios empíricos. Y en este sentido ÁLVAREZ GIL, M.J./MONTES SANCHO, M.J., ponen de relieve (p. 37) que «*en la economía real la relación entre la RSC y la conducta de los consumidores es compleja y no se cuenta todavía con suficientes estudios empíricos y teóricos desde el punto de vista del consumidor que la expliquen*».

Otra de las cuestiones que se plantean en torno a la responsabilidad social corporativa es la de su carácter voluntario. Aunque lo cierto es que de manera mayoritaria se acepta que esta es precisamente una de las notas caracterizadoras de la RSC [«*aunque el concepto de RSC es una idea que todavía se presta a alguna discusión por algunos, lo cierto es que se puede sostener sin muchas dudas que uno de los elementos característicos de las políticas o prácticas de RSC es su naturaleza voluntaria, no impuesta por ninguna norma ni sustentada en ningún contrato o compromiso, porque lo que plasman es precisamente un deber ético, o si se quiere moral*», RUIZ MUÑOZ, M., 278; también CANDELARIO MACÍAS, M.I., Un acercamiento a la innovación responsable y sostenible, 124-5], a lo largo de esta obra aparecen voces que cuestionan esta premisa. Y así, por ejemplo, EMBID IRUJO se refiere a que el principal de los tópicos acerca de la responsabilidad social corporativa es justamente el de su voluntariedad (Responsabilidad social

corporativa y Derecho de grupos de sociedades, 211), mientras que en otro lugar de la obra se traza un camino que va desde la mera voluntariedad en la práctica de este tipo de políticas hasta el *compliance* (JIMÉNEZ-PIERNAS GARCÍA, A., La maduración jurídico-vinculante de la RSE en el Derecho de la UE: de la mera voluntariedad al *compliance*). En realidad, aunque a lo largo de la obra se apunta a un proceso de *normativización* de la responsabilidad social corporativa (por ejemplo, en materia de informe sobre la denominada información no financiera) y en ello se identifica un avance hacia el carácter obligatorio de la misma se precisa, primero, que las obligaciones que se imponen no son sustanciales sino de información/procedimiento (DEL VAL TALENS, P., Información no financiera y responsabilidad social corporativa, 174 y 188) y, segundo, que si se diera el caso de que se terminaran imponiendo obligaciones de carácter sustantivo «*ya sea como uso o costumbre, ya sea como derecho legislado, entonces dejarán de ser RSC/E por definición, para convertirse en derecho positivo*» (VIZCAÍNO GARRIDO, P.L., 331). Giraríamos entonces hacia el cumplimiento normativo, al que, por cierto, se dedica la tercera parte de esta obra.

Además de estas cuestiones de corte más general relativas a la responsabilidad social corporativa, se analizan también algunos problemas específicos relacionados, entre otras cuestiones, con la responsabilidad social corporativa marítima (DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., La intersección de la RSC y el Derecho marítimo: la *RSC marítima*), el panorama de la responsabilidad social en Costa Rica (VALVERDE CHAVES, J., La responsabilidad social como referente del desarrollo nacional de Costa Rica) o La responsabilidad social de la sociedad dominante del grupo de empresas (ZAMMITTI, M.V.).

El segundo bloque temático de esta obra colectiva se dedica a la *economía colaborativa* y cuenta con las aportaciones de José María BOTELLO HERMOSA (doctorando en Derecho, profesor ATER, Universidad Paris Nanterre), Pedro Mario GONZÁLEZ JIMÉNEZ (becario FPU, Derecho mercantil, Universidad de Córdoba), Luis María MIRANDO SERRANO (catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Córdoba), José Ignacio PAREDES PÉREZ (profesor Doctor asociado de Derecho Internacional Privado, Universidad Complutense de Madrid), Helena SOLETO (profesora titular de Derecho procesal, Universidad Carlos III de Madrid) y Virginia ZAMBRANO (professore ordinario di Diritto privato comparato, Università degli Studi di Salerno).

De igual manera que ocurría con el término responsabilidad social corporativa nos encontramos de nuevo con un concepto, el de economía colaborativa, que dista mucho de presentar perfiles claros (v., por ejemplo, ZAMBRANO, V., El fenómeno de la *sharing economy*: entre la oportunidad y el riesgo, 496). A clarificar este concepto contribuye sin duda la aportación de MIRANDA SERRANO (Los modelos de negocio de la economía colaborativa ante la Ley de Competencia Desleal) que diferencia un concepto de economía colaborativa en sentido propio o estricto, que englobaría operaciones C2C y donde las plataformas desarrollan un papel de «meras» intermediarias digitales [concepto en todo caso más amplio que el quizás excesivamente estricto de BOTELLO HERMOSA, J.M., *El prosumidor* en la mal llamada economía colaborativa: una figura jurídicamente inviable, 361, que entiende que la economía colaborativa «(e)stá compuesta por relaciones jurídico-privadas entre particulares motivadas por la solidaridad, el altruismo, o simplemente por la necesidad de reducir costes conjuntamente, y se construye en comparación al mercado, el otro ámbito de la economía»], y un sentido amplio o impropio del término, donde la prestación de los servicios se lleva a cabo de forma profesional, ejemplo del cual sería la plataforma UBER, y que se debe registrar

por los mismos requisitos de acceso al mercado y de ejercicio de la actividad que los profesionales de la economía tradicional. A lo largo de su trabajo MIRANDA SERRANO plantea la aplicación de la Ley de Competencia Desleal a todos estos modelos de la economía colaborativa. En concreto, presta una especial atención al ilícito concurrencial de violación de normas, para lo que a su vez analiza las normas que rigen la relación entre la plataforma digital y los prestadores de servicios (lo que el autor denomina análisis vertical) y entre los prestadores de los servicios y los usuarios (lo que denomina análisis horizontal). El autor concluye con la demanda (p. 437) de «*criterios objetivos que permitan discernir con claridad en qué casos un sujeto deja de actuar como un simple particular y pasa a hacerlo como un empresario o profesional*», además de con la reflexión de si no sería apropiado introducir cierto grado de liberalización en sectores excesivamente regulados.

En relación con la economía colaborativa se presta también especial atención al problema de la proliferación de normas en muchas ocasiones de contenido distinto según la comunidad autónoma de que se trate (GONZÁLEZ JIMÉNEZ, P.M., La unidad de mercado y la oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas digitales, proponiendo algunas soluciones en el particular mercado de las viviendas de uso turístico), a la contratación internacional en los modelos de negocio de la economía colaborativa (PAREDES PÉREZ, J.I., Contratación internacional y actores de la economía colaborativa) y, por último, a la *práctica colaborativa del Derecho* (SOLETO, H., La resolución adecuada de conflictos y la práctica colaborativa del Derecho).

La obra se cierra con un tercer bloque, el más breve de los tres, dedicado al *cumplimiento normativo* donde se recogen las aportaciones de Emilio CORTÉS ÁLVAREZ (doctorando en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid), Rocío GIL ROBLES (Asociado senior y responsable del Departamento de Corporate Compliance & Derecho Penal, Andersen Tax & Legal), Pedro HINOJO GONZÁLEZ (Vocal Asesor de la Subdirección de Estudios e Informes, Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC) y Mariano TEIJEIRA RODRÍGUEZ (profesor asociado de Derecho mercantil, Universidad Carlos III de Madrid, e instructor OAR, Oficina de asilo y refugio, Ministerio del Interior de España).

En este bloque se retoma el intento de delimitación entre responsabilidad social corporativa, buen gobierno corporativo y cumplimiento normativo (GIL ROBLES, R., El *compliance legal* como herramienta esencial para el desarrollo de los negocios), pero además se abordan cuestiones específicas como los denominados canales de denuncia (CORTÉS ÁLVAREZ, E., Canales de denuncia y “corporate compliance”), las políticas de género (TEIJEIRA RODRÍGUEZ, M., Programas de responsabilidad social corporativa y políticas de género en el marco del control interno: metodologías de *legal compliance*) o el Cumplimiento de la normativa de competencia para una plataforma de transporte (HINOJO GONZÁLEZ, P.), donde, por cierto, el autor conecta a su vez con el tema de la economía colaborativa al plantearse si las plataformas de transporte pueden ser consideradas, y en qué casos, prestadoras del servicio subyacente (transporte) y no meras intermediarias (servicios de sociedad de la información).

En definitiva, este último apunte vuelve a poner de manifiesto la importancia y la oportuna interconexión existente entre todos los temas abordados en esta obra.

CUEVAS SEGARRA, J. A., «*Las medidas cautelares y la ejecución de la sentencia*», ed. Bosch, Barcelona, 2020

por

ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA

Catedrático de Derecho civil. Abogado

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia
y Legislación de España*

El Dr. José A. CUEVAS SEGARRA, gran jurista de Puerto Rico, acaba de publicar una magnífica obra sobre «*las medidas cautelares y la ejecución de la sentencia*», en la cual examina, en una primera parte, los remedios cautelares defensivos y de garantía; medidas de seguridad, urgentes, precautorias, preliminares, previas, preparativas, preventivas y provisionales de la conservación de cautela, o cautelares; que también pueden convertirse en medios asegurativos permanentes en vía de ejecución forzosa de la sentencia. Son manifestaciones de la técnica procesal, que como acertadamente señalara L. PRIETO CASTRO: «*el orden jurídico está lleno de realizaciones previas a la constancia definitiva del derecho, y ello indica, que este no solamente tiene una eficacia reconstructiva, sino también preventiva*», llegando a calificar a la ejecución provisional de «*medida profiláctica de moral y economía*». En esta dirección el autor, con gran sentido práctico, distingue las medidas cautelares de las medidas propias de una ejecución definitiva o provisional del título ejecutivo jurisdiccional o extrajudicial. También, las medidas cautelares en el procedimiento arbitral puertorriqueño y el arbitraje comercial internacional.

Este igualmente es el planteamiento y las características generales de las medidas cautelares en nuestro ordenamiento jurídico (español): instrumentalidad (accesoriedad e idoneidad), proporcionalidad, susceptible de aplicación a todo tipo de pretensiones (no solo a las de condena), homogeneidad, y algunas veces urgencia y consolidación anticipada de lo que pueda finalmente resolverse en el proceso. Así se manifiesta su indudable utilidad, que viene apoyada en la tradición romanista de los jurisprudentes, como advierte A. D'ORS, y en el significado de la *actio* (del verbo *agere*: actuar). «*La lucha es el trabajo eterno del Derecho*», según R. v. IHERING, y desde que el derecho no está dispuesto a luchar se sacrifica; así podemos aplicarle la sentencia del poeta: «*Es la última palabra de la sabiduría que solo merece la libertad y la vida, el que cada día sabe conquistarlas*».

En la segunda parte de esta obra, se analiza la sentencia, con referencias especiales a la cosa juzgada, explicando como la resolución cautelar es siempre provisional; y no produce los efectos correspondientes a la cosa juzgada. Examina con particularidad los gastos y costas que con relación a las medidas cautelares podrían ser reembolsables. Los honorarios del abogado y la revisión judicial de las mismas. En la tercera y cuarta parte, se establecen las características del proceso de ejecución forzosa de los diferentes tipos de las sentencias judiciales, con un comentario sobre el alcance de la homologación o convalidación de las resoluciones extranjeras, por el procedimiento del *exequatur*.

Y, finalmente en la quinta parte, el Dr. CUEVAS realiza un pormenorizado estudio de las medidas procesales y cautelares en el nuevo Código civil de Puerto Rico, aprobado por la ley 55 de 1 de junio de 2020, referidas a cláusulas de garantía, embargos, protección del incapaz, administración de bienes (incluidos los del ausente), efectos de la declaración de defunción, de la declaración de divorcio

(vigencia de las medidas provisionales), disposiciones comunes a todo régimen económico matrimonial (lo que en el Derecho español se conoce como régimen económico matrimonial primario), patria potestad, alimentos entre parientes, protección de la posesión y de los derechos reales, especialmente se refiere a los denominados de garantía (prenda, hipoteca y anticresis), anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad, medidas cautelares en Derecho internacional privado, defensas y remedios en relación a la prescripción y caducidad, en la protección a la posesión, ante las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, en los derechos del fiador, invalidez y forma en los negocios jurídicos, interpretación de los mismos, cumplimiento de las obligaciones, responsabilidad del deudor, revisión de los contratos, contrato de fianza y de depósito, sucesión *mortis causa*, administración y liquidación de la herencia... etc.

Todo ello tratado desde la perspectiva de un excelente civilista, con el cual he tenido el honor de colaborar en diversos estudios sobre contratos y sucesiones; y un experto procesalista, que ha desarrollado una importante obra en esta materia, y que es, además, un gran abogado postulante.

Aunque entre nosotros el conocimiento del *Common Law*, prototipo del Derecho jurisprudencial, es muy limitado, a pesar de los esfuerzos de J. PUIG BRUTAU, que ya en 1954, tradujo el libro de R. POUND *El espíritu del Common Law*, y fue el auténtico divulgador de la experiencia jurídica de este sistema, que tiene profundas diferencias con los sistemas europeos continentales, que establecieron ordenamientos más cerrados por la codificación y la influencia del racionalismo; es lo cierto que, actualmente, asistimos a un acercamiento metodológico entre el Derecho angloamericano y el Derecho europeo continental. Y, el Dr. CUEVAS SEGARRA, con la publicación de esta obra está contribuyendo, de manera útil y rigurosa, a esta nueva realidad de la comparación jurídica de los diferentes sistemas, y sus beneficiosos efectos.

Solo me resta felicitar muy vivamente a su autor, y congratularnos por contar con esta excelente obra de nuestra cultura jurídica, que considero será muy útil para todos los estudiosos y operadores del Derecho.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Nº DE CERTIFICADO: FECYT-177/2020
FECHA DE CERTIFICACIÓN: 6 de octubre 2014 (4ª convocatoria)
ESTA CERTIFICACIÓN ES VÁLIDA HASTA EL: 13 de julio 2021

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

